

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO



TEMA DE INVESTIGACIÓN:
“LA PROBLEMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LA
PARTICIPACIÓN DE LOS PARTICULARES Y SU EFICACIA EN EL DELITO DE
PECULADO EN EL SALVADOR”.

TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE:
MAESTRO EN DERECHO PENAL ECONÓMICO.

PRESENTADO POR:
MAESTRO MAURICIO MARROQUÍN MEDRANO.

ASESOR:
DOCTOR SAÚL ERNESTO MORALES.

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, NOVIEMBRE DE 2022.

TRIBUNAL CALIFICADOR:

DR. ARMANDO ANTONIO SERRANO,
PRESIDENTE.

DR. GILBERTO RAMÍREZ MELARA,
SECRETARIO.

DR. SAÚL ERNESTO MORALES,
VOCAL.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR:

MSC. ROGER ARMANDO ARIAS ALVARADO,
RECTOR.

DR. RAÚL ERNESTO AZCÚNAGA LÓPEZ,
VICERRECTOR ACADÉMICO.

ING. JUAN ROSA QUINTANILLA,
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO.

ING. FRANCISCO ALARCÓN,
SECRETARIO GENERAL.

LIC. RAFAEL HUMBERTO PEÑA MARÍN,
FISCAL GENERAL.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES:

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA,
DECANA.

DR. EDGARDO HERRERA MEDRANO PACHECO,
VICEDECANO.

LICDA. DIGNA REINA CONTRERAS DE CORNEJO,
SECRETARIA.

DR. JOSÉ MIGUEL VÁSQUEZ LÓPEZ,
COORDINADOR DE LA UNIDAD DE POSGRADOS.

ÍNDICE

Abreviaturas.....	i
Introducción.....	li

CAPÍTULO I.

LA CORRUPCIÓN COMO CAUSA DE AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS.

1. Concepto de corrupción.....	2
1.1. El fenómeno de la corrupción.....	11
1.2. La corrupción y la administración pública.....	12
1.3. Enfoques sobre la corrupción.....	14
1.3.1. La vulneración de los derechos humanos a través de la corrupción.....	14
1.3.2. La importancia del vínculo entre derechos humanos y corrupción.....	17
1.3.3. ¿La corrupción como violación directa de los derechos humanos, o como mero impacto negativo?.....	18
1.4. La corrupción como violación de los derechos humanos (dificultades).....	19
1.4.1. Obligación de los Estados.....	19
1.4.2. Causas.....	20
1.4.3. Atribución de actos de corrupción al Estado.....	22
1.5. La prevención de la corrupción como una violación a los derechos humanos.....	25
1.6. Nuevos enfoques.....	26
1.6.1. La corrupción a gran escala.....	26
1.6.2. La gran corrupción como afectación a los derechos humanos.....	29
1.6.3. Los efectos de la gran corrupción en la actividad económica del Estado.....	30

CAPÍTULO II

LA CORRUPCIÓN COMO MANIFESTACIÓN DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA

2. Corrupción y delincuencia económica.....	34
---	----

2.1. La corrupción en el sector privado y delincuencia económica.....	40
2.1.1. La interrelación entre la corrupción pública y privada, como manifestación de la delincuencia económica.....	45
2.2. La participación de la persona física en la corrupción, como manifestación de la delincuencia económica.....	48
2.2.1. La persona física como delincuente económico y como delincuente de cuello blanco. Referencia a sus distinciones.....	49
2.2.2. Particularidades del delincuente económico o de cuello blanco del sector privado.....	55
2.3. La participación de la persona jurídica en la corrupción, como manifestación de la delincuencia económica.....	56
2.3.1 De la responsabilidad de la persona jurídica por su participación en actos de corrupción.....	59
2.3.2 De la responsabilidad civil de la persona jurídica por su participación en actos de corrupción y la cláusula penal “actuar por otro”.....	66
2.4. Libertad de empresa.....	68
2.4.1. Libre competencia.....	68
2.4.2. Vaciamiento de los recursos del Estado.....	72
2.4.3. Encarecimiento de la obra pública.....	75
2.4.4. Enriquecimiento ilícito.....	76
2.4.5. Lavado de dinero.....	80

CAPÍTULO III.

LOS DELITOS ESPECIALES Y SU EVOLUCIÓN.

3. Infracciones especiales en el derecho penal clásico.....	85
3.1. Delitos especiales en el derecho penal moderno.....	86
3.2. La figura del intraneus y del extraneus (concurso de agentes).....	90
3.3. Delimitación de los conceptos de autoría y participación penal.....	94
3.3.1. Concepto unitario de autor.....	94
3.3.2. Teorías negativas de la participación en sentido estricto.....	98
3.3.3. El sistema diferenciador.....	99
3.3.3.1. Concepto de autor extenso.....	100

3.3.4. Teorías subjetivas de la intervención criminal.....	101
3.4. Delito especial versus delito común.....	104
3.5. Distinción entre delitos especiales y figuras similares.	108
3.5.1. Delito especial versus delito de propia mano.	108
3.5.2. Delito especial versus delito de omisión.....	111
3.5.3. Delito especial versus delitos de incumplimiento del deber.	114
3.6. Clasificación de los delitos especiales.....	117
3.6.1. Delitos especiales propios e impropios.....	117
3.6.2. Delitos especiales por motivos naturales y delitos especiales por motivos legales.	120
3.7. Conductas con restricción de autoría.....	121
3.7.1. Consideraciones iniciales.....	121
3.7.2. Postura de Claus Roxin.....	123
3.7.3. Postura de Günther Jakobs.	124
3.7.4. Análisis crítico.	126
3.7.5. Dominio de la base del resultado (Bernd Schünemann).	130
3.7.6. La naturaleza jurídica del injusto de peculado como delito especial propio.....	133
3.7.7. La corrupción de particulares.	137

CAPÍTULO IV.

LA PUNIBILIDAD DEL EXTRANEUS EN LA COMISIÓN DEL DELITO DE PECULADO COMO DELITO ESPECIAL PROPIO.

4. Consideraciones desde la perspectiva de la doctrina y el derecho comparado.	141
4.1. Tratamiento de la comunicabilidad de las circunstancias en Costa Rica. .	141
4.2. Tratamiento de la comunicabilidad de las circunstancias en Colombia.....	143
4.3. Tratamiento de la comunicabilidad de las circunstancias en España.	144
4.4. Tratamiento de la comunicabilidad de las circunstancias en Perú.	145
4.5. El delito de peculado en el derecho comparado.	152

4.6. La teoría de la comunicabilidad de las circunstancias y la calidad del extraneus en la comisión del delito de peculado, en el contexto de autoría y participación.....	155
4.6.1. El extraneus que participa en la acción dominada fácticamente por el intraneus.....	156
4.6.2. Problemática de la instigación en los delitos especiales.....	158
4.6.3. Problema del “instrumento malicioso no calificado”.....	162
4.6.4. El extraneus que domina la actividad delictiva.....	166
4.6.5. “Instrumento calificado que actúa sin engaño”.....	167
4.6.6. Los supuestos de la utilización de un instrumento intraneus por parte del extraneus como instrumento doloso no cualificado en el Código Penal salvadoreño.....	168
4.6.7. Infracciones especiales inapropiadas.....	172
4.6.7.1. Unidad versus incumplimiento del título de imputación.....	172
4.7. El tratamiento de la intervención del extraneus en el delito de peculado en el derecho penal salvadoreño.....	173
4.8. Jurisprudencia relevante sobre el delito de peculado en El Salvador.....	178
4.9. El delito de peculado desde la perspectiva del derecho penal económico y la teoría de la comunicabilidad.....	184
Conclusiones.....	189
Bibliografía.....	194
Legislación.....	204
Legislación nacional.....	204
Legislación extranjera e internacional.....	204
Jurisprudencia.....	206
Jurisprudencia nacional.....	206
Jurisprudencia extranjera e internacional.....	209
Sitios web.....	210

Abreviaturas.

CICC	Convención Interamericana Contra la Corrupción.
CN	Constitución.
CNUCC	Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.
CP	Código Penal.
CPI	Corte Penal Internacional.
CPP	Código Procesal Penal.
DH	Derechos Humanos.
DL	Decreto Legislativo.
DO	Diario Oficial.
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos.
FGR	Fiscalía General de la República.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.

Introducción.

El presente trabajo de investigación jurídico-dogmático, que se ha denominado “La problemática de la responsabilidad penal en la participación de los particulares y su eficacia en el delito de peculado en El Salvador”, tiene como propósito evidenciar el problema de la autoría y participación de los particulares no cualificados en la intervención del delito de peculado en tanto delito especial propio prescrito en el título XVI, capítulo II, artículo 325 CP, así como de aquellos referidos a la corrupción en general.

En tal sentido, es de conocimiento general que los delitos especiales son muy frecuentes en el derecho penal económico. Se afirma frecuentemente, en los pocos manuales de parte general del derecho penal económico, que las concepciones solo serán útiles si se adaptan a la realidad económica. se advertirá que es aproximadamente esencial a la idea de empresa o persona jurídica, la dificultad en la individualización de la responsabilidad de la autoría y/o participación. Si le completamos a estas dificultades instrumentos dogmáticos incongruentes, la consecuencia será la impunidad o la posible vulneración al principio de legalidad o la aplicación del principio de responsabilidad objetiva.

Por ello, es oportuno precisar la diferencia de los delitos especiales propios consiste en la existencia de autores cualificados *-intraneus-* que son quienes se encuentran dentro del círculo marcado por el Código Penal salvadoreño, para poder tener la calidad de sujeto activo del delito. En ese orden, las personas naturales o jurídicas que no reúnen esa característica constituyen los *extraneus*, y no pueden ser autores del delito de peculado; pero posiblemente se podría adecuar a los partícipes - cómplices o instigadores-.

Aunado a lo anterior, se plantea como problema de investigación: ¿Cuál es la eficacia de extender la autoría y participación de la responsabilidad penal del particular *extraneus* en el delito de peculado? Lo anterior en atención a que podrían ser comunicables las circunstancias y cualidades especiales que concurren en el

extraneus, afectando la tipicidad en el delito de peculado, pudiéndose vulnerar el principio de legalidad.

Se estableció como objetivo general de la investigación “determinar la aplicación de la punibilidad de la autoría y/o participación delictiva de los particulares en el delito de peculado”.

Con el propósito anterior, se desarrolla una investigación jurídico-dogmática, bajo el contenido plasmado en la normativa nacional e internacional, libros especializados, jurisprudencia nacional e internacional, tratados internacionales y leyes relacionadas al problema investigado; debe hacerse hincapié en que el texto legal es el dato inmediato con el que se cuenta para partir en el orden lógico de ideas, integrando un sistema de proposición o enunciados evidentes, de los cuales no se requiere demostración, todo ello por las deducciones realizadas.

Los métodos científicos generales que se aplicaron en la presente investigación fueron el deductivo y el inductivo; con el primero de ellos se abarcó la mayor parte del estudio, por medio de los enunciados generales planteados, como lo son aquellas construcciones teóricas de la legislación, doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera, por medio de lo cual se logró analizar la forma de intervención del *extraneus* como persona natural o persona jurídica en los delitos especiales propios, específicamente en el delito de peculado regulado en el Código Penal, y si el actuar de este encaja con tal enunciado tanto desde las propuestas de *lege ferenda*, como de las de *lege data*.

Asimismo, se brindará una aproximación de la concreción de la corrupción como una modalidad más de la delincuencia económica. Para ello, se parte de las particularidades de la delincuencia económica, desde la óptica de la corrupción privada relacionada al derecho penal de la empresa, como antesala de los criminales que se sitúan en el sector privado y las actuaciones que se enmarcan en tales contextos, donde se presentan empleados y directivos de la empresa, con la finalidad de beneficiarla.

En este punto, se presentan las características de la delincuencia económica, donde el protagonista puede ser una persona física y también una persona jurídica, con lo cual, se expone la participación de ambas personas en el ciclo de la corrupción, como manifestación de la delincuencia económica. Coincidente con lo anterior, de forma particular se describen los distintos modelos de responsabilidad penal de la persona jurídica, tomando en cuenta la relevancia que tiene su participación en actos de corrupción y el interés de la comunidad internacional para que los Estados sancionen penalmente a la persona jurídica.

Si bien es cierto, la potestad sancionadora de la administración y del Estado dispone de una serie de consecuencias jurídicas a quienes realicen actos gubernamentales contra la ley que los beneficien directa o indirectamente, los que constituyen sanciones administrativas como amonestaciones o multas, hasta restricciones del derecho de libertad, mismas que deberán cumplirse en atención a la aplicación de un debido proceso; las potestades en alusión son posibilidades y deberes de actuación que el ordenamiento jurídico atribuye a la administración, es decir, se habilita constitucionalmente a la administración para que pueda sancionar las contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas.

El método inductivo por su parte fue necesario para el análisis de diversa jurisprudencia, tanto nacional como extranjera; en dichas sentencias, y por medio del estudio de diversos casos, se lograron identificar las soluciones o interpretaciones adoptadas para resolver la problemática identificada.

En el capítulo I se caracteriza a la corrupción como una vulneración de derechos humanos; esta atribución se verifica por medio de diversos instrumentos que se tienen para su combate, particularmente por medio de la CNUCC, así como a través de la CICC; asimismo, se aborda la gran corrupción desde el enfoque al delito de peculado y cómo desde la perspectiva del derecho penal económico, afecta los derechos humanos de las personas.

Asimismo, el capítulo II se centra en brindar una aproximación de la concreción de la corrupción como una modalidad más de la delincuencia económica. Para ello, se

parte de las particularidades de la delincuencia económica, desde la óptica de la corrupción privada relacionada al derecho penal de la empresa, como antesala de los criminales que se sitúan en el sector privado y las actuaciones que se enmarcan en tales contextos, donde se presentan empleados y directivos de la empresa, con la finalidad de beneficiarla.

Luego en el capítulo III, se realiza un abordaje dogmático jurídico de los delitos especiales, en el cual se valoran las diversas teorías que se han dado con relación a los delitos especiales, además, se argumenta sobre la naturaleza jurídica del delito de peculado, con relación a la corrupción de los particulares y las múltiples posturas de los autores a nivel jurisprudencial, legal y doctrinario.

Continuando, en el capítulo IV se realizan disquisiciones jurídicas sobre la punibilidad del *extraneus* en la comisión del delito de peculado en tanto delito especial, desde la perspectiva de la doctrina y el derecho comparado. Además, se realiza un análisis exegético de la teoría de la comunicabilidad de las circunstancias y la calidad del *extraneus* en la comisión del delito de peculado en el contexto de autoría y participación. De igual manera, se aborda de forma crítica el tratamiento de la intervención del *extraneus* en el delito de peculado en el derecho penal salvadoreño, realizando comentarios desde el punto de vista de la jurisprudencia a nivel de Cámaras de Segunda Instancia, y las Salas de lo Penal y de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, con la perspectiva del derecho penal económico. Finalizada la temática de los capítulos, se exponen conclusiones y recomendaciones; posteriormente, se presenta la bibliografía utilizada en la investigación, entre la que destacan libros especializados, jurisprudencia nacional e internacional, tratados internacionales y leyes relacionadas al problema investigado.

CAPÍTULO I.

LA CORRUPCIÓN COMO CAUSA DE AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS.

Sumario: 1. Concepto de corrupción. 1.1. El fenómeno de la corrupción. 1.2. La corrupción y la administración pública. 1.3. Enfoques sobre la corrupción. 1.3.1. La vulneración de los derechos humanos a través de la corrupción. 1.3.2. La importancia del vínculo entre derechos humanos y corrupción. 1.3.3. ¿La corrupción como violación directa de los derechos humanos, o como mero impacto negativo? 1.4. La corrupción como violación de los derechos humanos (dificultades). 1.4.1. Obligación de los Estados. 1.4.2. Causas. 1.4.3. Atribución de actos de corrupción al Estado. 1.5. La prevención de la corrupción como una violación a los derechos humanos. 1.6 Nuevos enfoques. 1.6.1 La corrupción a gran escala. 1.6.2. La gran corrupción como afectación a los derechos humanos. 1.6.3. Los efectos de la gran corrupción en la actividad económica del Estado.

Introducción y propósito.

En la presente temática, se abordarán algunas concepciones conceptuales sobre la pequeña y gran corrupción. No hay duda que la criminalización especial surge de los regímenes cleptocráticos, cuyo único objetivo es saquear al Estado, dañarlo y afectar los derechos y libertades fundamentales de la población; ante ello, resulta necesario que cada uno de los estados, especialmente El Salvador, consideren a la corrupción como una afectación de los derechos humanos, ya que los actos de gran corrupción se llevan a cabo de forma sistemática y repercuten en la actividad económica de todo el país donde tienen lugar.

De manera que, el propósito del desarrollo de este capítulo es considerar la corrupción como causa de afectación de los derechos humanos de las personas, ya que, estos delitos traspasan fronteras y afectan derechos humanos y convenciones en la materia, causando daños a las arcas públicas, generando despilfarro, ineficiencia por desvío y disminución de la calidad de vida de las personas, dañando de esa manera la dignidad de la persona humana.

1. Concepto de corrupción.

La corrupción es un fenómeno permanente, y se encuentra en todos los países, culturas y en los ámbitos de las sociedades en regímenes democráticos o totalitarios, constituyendo el mayor obstáculo al desarrollo económico y social en el mundo en general y en particular en la sociedad salvadoreña; es por ello, que comenzó a prevenirse desde muy temprano, pero no fue hasta la década de 1990 cuando se comenzó a abordar de manera más intensiva y se reconoció que la corrupción era un problema omnipresente.

Aunque numerosos académicos de todo el mundo se han ocupado de ello desde entonces y existe una gran cantidad de literatura sobre este tema, no existe una definición uniforme de corrupción; probablemente, la razón de esta falta de concreción sea la concurrencia que tiene en muchas áreas y en diferentes grados, dejando a discreción de cada interprete qué acción debe definirse como corrupta, ya que esta se entiende de manera distinta en diferentes países y culturas, puesto que, al abundar esa dificultad lingüística, nos encontramos ante un término polisémico que cuenta con una extraordinaria carga emotiva, ciertamente de carácter peyorativo.

En ese sentido, el autor Manuel Villoria Mendieta define la corrupción como: “toda acción tomada por un empleado público en el ejercicio de su cargo, que se desviara de las obligaciones jurídicamente establecidas, por razones de interés privado”¹, es decir que esa definición engloba a las personas que forman parte del sector público, pero deja de lado a terceros que también han participado, nótese que la definición debe ser aún más amplia para poder incluir en ella a los particulares, esa misma situación sucede al momento de tipificar el delito de peculado, ya que se debe tener en cuenta que el *extraneus* también puede ser interviniente como persona natural o persona jurídica en el comisión de dicho injusto penal, debiéndose ampliar y tipificar con precisión la conducta delictiva, del particular no calificado.

¹ Manuel Villoria Mendieta, “Lucha contra la corrupción en la Unión Europea: el caso de España”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, número 21 (2001): 99.

De acuerdo con Jorge Malem Seña, la corrupción es definida en las organizaciones, especialmente en las públicas, como “la violación, activa o pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizados en un marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extra posicional, cualquiera que sea su naturaleza”²

Asimismo, la Sala de lo Constitucional ha sostenido “que la corrupción y el manejo indebido de fondos públicos impactan negativamente en la democracia y el Estado de Derecho, dando pie a violaciones de los derechos constitucionalmente reconocidos en cada ordenamiento jurídico, particularmente los derechos sociales”³. Estas definiciones muestran un significado amplio, pero al tener una única definición se dificulta su interpretación, en especial si se considera que son variados los significados que se le pueden dar a ese término, ya que ante todo, esta viene a formar parte de una categoría cultural que llega a constituir un fragmento de los discursos jurídicos. De manera que, parece necesario brindar una cosmovisión general de lo que se entiende por corrupción; en ese sentido, en relación con su tamaño y naturaleza, se llega a clasificar la corrupción de la siguiente manera:

Pequeña corrupción: entendida como la corrupción cotidiana que tiene lugar dentro del sector privado y también en el lugar donde los burócratas se encuentran con el público directamente; también se describe como corrupción “de supervivencia” o “de necesidad”, es decir, una forma de corrupción que es perseguida por agentes de nivel medio o subalterno que pueden estar muy mal pagados y que dependen de rentas relativamente pequeñas pero ilegales para sus necesidades personales⁴. Es importante destacar, que si bien es cierto la corrupción menor suele implicar sumas poco cuantiosas en comparación a aquellas que cambian de manos en actos de

² Jorge Malem Seña, *Globalización, comercio internacional y corrupción* (Barcelona: Gedisa, 2000), 25-28.

³ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 6-2016* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2016).

⁴ Centro de Investigación Anti-corrupción U4, “Resource Centre”. <https://www.u4.no/search?filters=publications-only&search=&searchPageNum=2&sort=year-asc>

corrupción "grandiosa" o política, los montos no son "insignificantes" para las personas adversamente afectadas.

De hecho, la pequeña corrupción daña de manera desproporcionada a los miembros más pobres de la sociedad, colisiona con la administración pública y con servicios como hospitales, escuelas, autoridades locales que otorgan licencias, policía, autoridades tributarias, entre otros. Esta es una forma de abuso diario, que se da por parte de los funcionarios inferiores, pero que también tiene a su cargo la tutela de bienes; *verbigracia* de esta corrupción, sería el soborno de un abogado hacia colaboradores y secretario de actuaciones de un tribunal de justicia, con la finalidad de que le fueran asignados por estos últimos, diversos casos penales tramitados en la sede judicial donde los empleados públicos sirven al Estado.

Bajo ese orden de ideas, es fácil inferir que es de público conocimiento que no se debe ofrecer dinero a empleados públicos, porque constituye un elemental acto de corrupción, pues resulta de sentido común que una colaboradora judicial o secretario de actuaciones, se encuentren imposibilitados de que se les ofrezca algún beneficio por ayudar a cualquier ciudadano, ya que, no debemos olvidar que su función es cargo oficial remunerado por el Estado y no por particulares⁵.

En virtud de lo anterior, la Sala de lo Penal ha reconocido la importancia de la transparencia en la función pública que se otorga a determinadas personas, inclusive en actividades como la administración de las tiendas institucionales en los centros penales de El Salvador. Ello fue consecuencia de la evaluación que el máximo tribunal en materia penal realizó sobre la condición especial en que una administradora de tienda ejecutaba de forma irregular sus funciones, al no remesar las cantidades debidas que eran confrontadas con las ventas y compras ejecutadas

⁵Javier Urbina, "Vinculado a caso Saca es condenado a 33 años de prisión", *La Prensa Gráfica* (17 de junio de 2021). <https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/Vinculado-a-caso-Saca-es-condenado-a-33-anos-de-prision-20210616-0099.html>. Un ejemplo es el caso seguido en contra del señor Víctor Manuel Melgar Gonzáles, alias "Pitinga" en el Tribunal Primero de Sentencia de San Salvador, contra quien se emitió el 16 de junio de 2021 una sentencia de carácter condenatorio, imponiéndole 33 años de prisión por los delitos de cohecho activo y tráfico de influencias.

por el Estado a través de la Dirección General de Centros Penales⁶, lo cual conllevó a su condena por el delito de peculado.

Por otro lado, la gran corrupción es aquella de alto o "gran" nivel, que tiene lugar en el extremo de la formulación de políticas, pero esta no se refiere tanto a la cantidad de dinero involucrada como al nivel en el que ocurre, donde las políticas y reglas pueden verse injustamente influenciadas; es decir, los tipos de transacciones que atraen la gran corrupción suelen ser de gran escala y, por lo tanto, implican más dinero que la corrupción burocrática o "insignificante"⁷, está en su mayoría se usa como sinónimo de corrupción política, refiriéndose a la corrupción involucrada en el financiamiento de partidos políticos y campañas políticas.

El director de Asuntos Internacionales del Banco Mundial, Dr. Vinay Bhargava, definió la "gran corrupción" como aquella que "involucra a jefes de estado, ministros u otros altos funcionarios del gobierno y sirve a los intereses de un grupo reducido de empresarios y políticos, o elementos criminales"⁸. Esta definición deja en claro que esta forma de corrupción es un fenómeno que se da al más alto nivel de gobierno; por otro lado, Transparencia Internacional define la gran corrupción de la siguiente manera: "[U]n funcionario público u otra persona priva a un determinado grupo social o una parte sustancial de la población de un Estado de un Derecho fundamental... como resultado de soborno, malversación de fondos u otro delito de corrupción"⁹.

Para brindar un panorama sobre los escándalos de la alta corrupción permanente en El Salvador, se tiene el ejemplo de un expresidente condenado, Elías Antonio

⁶ Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación, Referencia: 1C2017* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017).

⁷ Guillermo Jorge, *Recuperación de activos de la corrupción* (Avellaneda: Editores del Puerto S.R.L., 2008), 153.

⁸ Sanjay Pradhan, *Las múltiples caras de la corrupción* (Primera edición en castellano: febrero de 2009, Banco Mundial en coedición con Mayol Ediciones S.A.), 140.

⁹ Transparencia Internacional, *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción* (Berlín, 2009), 14.

Saca González¹⁰; otros prófugos como Carlos Mauricio Funes Cartagena¹¹ y Salvador Sánchez Cerén¹². Nótese que el problema de la corrupción en El Salvador sigue siendo muy grave, empero, estos hechos también pudieran ser signos de mucha esperanza en donde la institucionalidad democrática que, con todos sus yerros, parte de la premisa de que nadie es ajeno al alcance de la justicia.

Según estos puntos de vista, la corrupción por medio del delito de peculado viola los derechos básicos de la población, lo cual trae como resultado una pérdida considerable de sus medios de vida; en definitiva, la corrupción no solo “se lleva” el dinero de donde más se necesita, sino que además debilita a los gobiernos, lo que a su vez puede exacerbar la relación de correspondencia entre las redes del crimen organizado y provocar delitos como la trata de personas, tráfico de armas, tráfico ilegal de personas, el narcotráfico, lavado de dinero y activos, peculado, cohecho, entre otros.

Además, se tiene un tipo de corrupción sistémica -o corrupción endémica-: a diferencia de la explotación de oportunidades ocasionales, esta clase de corrupción ocurre cuando este fenómeno deviene en un aspecto integrado y esencial del sistema económico, social y político, lo cual se puede detectar en una situación en la que las principales instituciones y procesos del Estado son habitualmente

¹⁰ FGR-Prensa, “Histórica condena contra expresidente Antonio Saca y seis ex funcionarios de su gobierno, logra FGR”, *Fiscalía General de la República* (13 de septiembre de 2018). <https://www.fiscalia.gob.sv/historica-condena-contr-expresidente-antonio-saca-y-seis-ex-funcionarios-de-su-gobierno-logra-fgr/>. El expresidente Elías Antonio Saca fue condenado por diversos actos de corrupción realizados en su gestión, emitiendo una sentencia de carácter condenatoria, imponiéndole 10 años de prisión y el pago de 260 millones de dólares en concepto de responsabilidad civil.

¹¹ V. Jurado, “Estas son las 6 órdenes de captura que tiene el prófugo Mauricio Funes”, *El Diario de Hoy*, (17 de septiembre de 2020). <https://www.elsalvador.com/noticias/nacional/mauricio-funes-profugo-ordenes-captura/754403/2020/>. El expresidente Mauricio Funes, quien actualmente se encuentra prófugo de la justicia, tiene distintos procesos que han sido abiertos en su contra, entre ellos: 1-Caso Saqueo Público en el que fueron desviados \$351 millones; 2- supuestos sobornos al ex fiscal Luis Martínez; 3- Reporte de Operaciones Sospechosas (ROS) por donativo Taiwán; 4- Soborno en obra El Chaparral; 5- Supuesto soborno recibido por prófugo Funes por arreglo directo en obra inconclusa El Chaparral y 6- Tregua entre pandillas.

¹² AFP, “Interpol tiene orden de captura contra Sánchez Cerén”, *El Diario de Hoy* (28 de julio de 2021). <https://www.elsalvador.com/noticias/nacional/salvador-sanchez-ceren-administracion-de-gobierno-2014-2019/863664/2021/#>. El caso más reciente es el referente al expresidente Salvador Sánchez Cerén, contra quien se ha emitido orden de captura por los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de dinero.

dominados y utilizados por personas y grupos corruptos, y en la que la mayoría de las personas no tienen alternativas para tratar con este tipo de funcionarios o empleados públicos¹³.

Con la clasificación antes mencionada y dentro de un gran universo de definiciones conceptuales, hay tres que se acercan mucho a lo que se puede entender como corrupción en un sentido amplio, siendo estas aportadas por Ernesto Garzón Valdés, Jorge F. Malem Seña y Joaquín González.

Ernesto Garzón Valdés presenta la corrupción como “la violación limitada de una obligación por parte de uno o más decisores con el objeto de obtener un beneficio personal extraposicional del agente que lo soborna o a quien o quienes extorsionan a cambio del otorgamiento de beneficios para el sobornante o el extorsionado que superan los costos del soborno o del pago o servicio extorsionado”¹⁴.

A su vez, Jorge F. Malem Seña concibe la corrupción como “los actos que constituye la violación, activa o pasiva de un deber posicional o del incumplimiento de una función específica desempeñada en un marco de discrecionalidad, con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, cualquiera que sea su naturaleza”¹⁵, mientras que Joaquín González, por su parte, define la práctica corrupta como “toda acción u omisión tendiente a obtener un beneficio ilícito de cualquier naturaleza, ya sea a nivel personal o para otra persona, realizado dicha acción con violación de un deber legal para el que se encuentra en una posición singular, y del que se deriva una pérdida efectiva a terceros”¹⁶.

De una lectura *prima facie* de los conceptos anteriores no se evidencian los supuestos fundamentales de la corrupción; por lo tanto, es necesario realizar un desglose de ellos, expuestos de la siguiente manera: (i) violación de un deber posicional, sistema normativo de referencia; (ii) falta de correlación inmediata con el

¹³ Jorge, *Recuperación de activos de la corrupción*, 157.

¹⁴ Ernesto Garzón Valdés, “El concepto de corrupción”. en *La corrupción*, compilado por Virgilio Zapatero (Ciudad de México: Ediciones Coyoacán, 2007), 23.

¹⁵ Malem Seña, *Globalización, comercio internacional y corrupción*, 35.

¹⁶ Joaquín González, *Corrupción y justicia democrática* (Madrid: Clamores, 2000), 104.

derecho penal; (iii) obtención de un beneficio adicional al ya obtenido por el agente en su cargo; y (iv) la existencia de secreto y discreción en las prácticas corruptas.

Así es como un acto de corrupción resulta en la violación de un deber posicional, un deber tomado de una posición especial ocupada por una persona en particular, conocida doctrinalmente como "*intraneus*", pero tal violación puede ocurrir de forma activa o pasiva y también entre agentes públicos y privados, agregando así a los particulares, quienes son llamados "*extraneus*".

Según Garzón Valdés, se debe distinguir entre los deberes posicionales y los deberes asumidos por los naturales¹⁷; en otras palabras, los deberes posicionales deben distinguirse de los llamados deberes naturales, puesto que, estos son válidos para todos y con respecto a todos los individuos, a menos que el rol social que desempeñan sea importante; es así, que estos deberes están relacionados con la "moralidad natural", pero se adquieren por medio de algún acto voluntario, ya que por medio de esta moral se *acepta* asumir un rol o papel dentro de un sistema normativo, su ámbito de vigencia está delimitado por las reglas que definen la posición respectiva, entendiendo así que, la moral que se ocupa de las obligaciones posicionales suele llamarse "moral adquirida".

En virtud de ello, es posible señalar que la corrupción exige un sistema normativo que sirva de referencia. En este sentido, Jorge Malem Seña establece que "la noción de corrupción es el parásito de un sistema normativo" y tal sistema, es tenido como "cada conjunto de reglas que, en cada caso concreto, regulan una práctica social"¹⁸ el cual puede ser visto en múltiples aspectos, pues la relación entre el incumplimiento de un deber impuesto por un sistema dado es la problemática, ya que la normativa referencial otorga la obligatoria validez y observancia de dicho sistema normativo; así, la conclusión a la que se llega sobre un determinado comportamiento corrupto exige sin duda alguna la existencia de un sistema normativo efectivo, cuyas reglas sean observadas por las personas afectadas por él, de lo contrario, si las prácticas corruptas se convierten en la regla y ya no en la

¹⁷ Garzón Valdés, *El concepto de corrupción*, 15.

¹⁸ Malem Seña, *Globalización, comercio internacional y corrupción*, 103-104.

excepción, no habría un sistema normativo capaz de excluir las prácticas corruptas de aquellas que no lo son.

Desde otro punto de vista, la corrupción y los actos derivados de ella no siempre están asociados con algún delito, puesto que la elección de qué actos de corrupción se considerarán delitos en sentido estricto, administrativos o incluso lícitos desde el punto de vista jurídico es, como se sabe, exclusiva del legislador; es así, que las prácticas corruptas en El Salvador deben restringirse a lo que se encuentra regulado en el Código Penal¹⁹, debido a que este contempla el tema de la corrupción por medio de un catálogo de delitos en su título XVI, capítulo II, delimitando el accionar a un círculo cerrado de autores y de conductas.

Con atención a esta circunstancia, resulta importante mencionar el llamado “beneficio extraposicional”; es decir, un beneficio adicional al cargo que ocupa un determinado funcionario, pues este aparece como la tercera característica antes apuntada, inherente al concepto de corrupción; a grandes rasgos, se puede decir que los actos de corrupción están vinculados a la obtención de dicho beneficio, que, si por un lado por norma tiene carácter económico, el beneficio también puede ser de carácter político, sexual, profesional, moral, entre otros.

En este detalle radica un aspecto relevante. Si el propósito de la práctica corrupta implica la obtención de un beneficio no programado y, así, además, el corrupto se encuentra en un conflicto de motivaciones e intereses, entendiéndose que “[e]s corrupto porque desea mantener su posición en el sistema, y es allí que le permite obtener tanto una remuneración regular como ingresos adicionales”²⁰; es por ello que la corrupción tiende a convertirse en un marco de secreto y discreción, siendo tal característica relativamente evidente en virtud que, cuando la corrupción revela

¹⁹ Código Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa, 1997). La corrupción es utilizada para delimitar conductas contra la administración pública; por ejemplo, el capítulo dos, denominado “De la Corrupción”, el cual incluye tipos penales como el peculado -artículo 325-, peculado por culpa -artículo 326-, colusión -artículo 327-, negociaciones ilícitas -artículo 328-, entre otros.

²⁰ Garzón Valdés, *El concepto de corrupción*, 19. Agrega el autor citado: “Dicho con otras palabras: es el problema práctico con el que se enfrenta, la corrupción, y la forma de conciliar la existencia simultánea del sistema normativo relevante y el subsistema de corrupción que se ha comprobado.

el incumplimiento de un deber, trae consigo el signo de la deslealtad, y también podría traer consecuencias a quienes lo hacen.

Finalmente, han existido esfuerzos para prevenir la corrupción pública, a nivel internacional, así, la CICC²¹ en su artículo VI, titulado Actos de corrupción.

En ese orden de ideas la CNUCC, en su artículo 21, establece el soborno a particulares; en el 22, prescribe la malversación o peculado de bienes en el sector privado; en el 26, determina la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y finalmente, en el 30 regula el proceso, fallo y sanciones, para este tipo de corrupciones²², reconociéndose la soberanía e igualdad que posee cada uno de los Estados, por medio del cual abarca disposiciones que son relativas a la investigación y enjuiciamiento, además de la importancia y complejidad que radica en razón de las inmunidades.

Asimismo, el artículo 30 de la Convención da gran importancia a las sanciones, específicamente aquellas que son del área penal, por lo que, requiere que al momento de establecer las sanciones, cada uno de los Estados, deberá tomar en cuenta la gravedad de los delitos, de manera que se mantenga un equilibrio apropiado entre las inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales que son otorgadas a los funcionarios o empleados públicos, ello para el cumplimiento de sus funciones y para tener una efectiva investigación, enjuiciamiento y el fallo de los delitos que se encuentran tipificados con arreglo a la Convención.

Aunado a lo anterior, la legislación interna dota de contenido al elemento normativo valorativo referente a los deberes oficiales, puesto que, nuestra labor jurisdiccional como intérpretes de la ley, exige completar el contenido de dicho elemento; para ello se ha tomado como base el anclaje constitucional el artículo 181 CN, el cual prescribe que: “la Administración de Justicia es gratuita”²³.

²¹ Convención Interamericana Contra la Corrupción (Caracas: Organización de los Estados Americanos, 1996).

²² Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (Nueva York: Asamblea General de las Naciones Unidas, 2003).

²³ Constitución de la República de El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983).

Asimismo, la Ley Orgánica Judicial²⁴ regula en su art. 92, como deber de los colaboradores judiciales, “[g]uardar secreto en todos los asuntos relacionados con su cargo”. Asimismo, los artículos 22 de la Ley de la Carrera Judicial²⁵ y 24 del Código de Ética Judicial²⁶, regulan estándares de eficiencia y profesionalismo en el ejercicio de la judicatura, vinculados a la discreción y reserva de las funciones ejercidas. Incluso, la Ley de Ética Gubernamental establece en su artículo 6 literales a y b, como prohibición ética para los servidores públicos.²⁷

1.1. El fenómeno de la corrupción.

Ahora bien, desde el punto de vista de la ocurrencia o fenómeno fáctico, la corrupción se ajusta a las definiciones antes expuestas, más específicamente con las siguientes características:

1. El ejercicio del poder público en beneficio propio, desviándolo de sus fines, puesto que, es tan antigua como la existencia misma de la sociedad, de modo que los enfoques conceptuales para la definición de corrupción son numerosos.
2. El fenómeno de la corrupción no se traduce en una identificación plena con figuras típicas desde el punto de vista penal; por el contrario, no hay delito específicamente denominado “Delito de Corrupción”, sino que, actualmente son varias conductas las reguladas por medio de un capítulo llamado de esa manera. Por lo tanto, en el concepto amplio de corrupción, las conductas que pueden o no violar intereses protegidos, siempre y cuando tales conductas no estén tipificadas como delito, terminan desfigurando los propósitos institucionales para que los intereses privados sean privilegiados.

Por ello es necesario conocer del Estado y la noción de administración pública.

²⁴ Ley Orgánica Judicial (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1984).

²⁵ Ley de la Carrera Judicial (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990).

²⁶ Código de Ética Judicial (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2014).

²⁷ Ley de Ética Gubernamental (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2011).

1.2. La corrupción y la administración pública.

La corrupción pública es sin duda rehén y dependiente de la noción de Estado, debido a que la corrupción pública implica daño -o peligro de daño- a la estructura organizativa del Estado, ya sea que dicha conducta provenga de un servidor público, de un privado o de ambos, ya que, de inmediato las nociones de Estado y corrupción están directa e inseparablemente ligadas, sin perjuicio a la denominada corrupción de particulares o privada, ello sin necesidad de entrar en la historia de la teoría del Estado, especialmente en su creación y desarrollo.

Incluso, de manera superficial y limitada en el tiempo -a partir del siglo XIX-, el Estado de Derecho es el que atribuye al ordenamiento jurídico la función de proteger los derechos subjetivos individuales, a fin de evitar la tendencia normal del poder político a cobrar fuerza y ser aplicado de manera arbitraria. Esta función se realiza sobre la base de los principios fundamentales de la difusión de roles y la diferenciación de las asignaciones que desarrolla o debe cumplir cada uno, es por ello por lo que, con el aumento en el número de servidores públicos, existe una mayor posibilidad de ocurrencia de actos de corrupción.

Ahora bien, el concepto criminal típico de la corrupción pública y sus implicaciones normativas son absolutamente dependientes del tamaño del Estado y de la importancia que se le atribuye al mismo²⁸; en virtud que el incremento del Estado, no tiene únicamente un impacto económico o social, sino que se relaciona principalmente con la corrupción, pues, en el momento que existe un Estado más grande, ya sea que se dé por su rol empresarial o regulador que viene a interferir en la actividad social, se crean incentivos para obtener beneficio de la actividad estatal.

En ese sentido, debido al tamaño, existe mayor participación pública y privada, por tanto, una breve conclusión es factible, ello sin querer atribuir al propio Estado la reputación de ser causante de corrupción; es decir, cuanto mayor sea su

²⁸ Reinhold Zippelius, *Teoría general del Estado*, tercera edición (Lisboa: Fundación Calouste Gulbenkian, 1997), 381.

intervención en la vida social por medio de los funcionarios, mayor será la posibilidad de constatar el acto de corrupción, ello sin estar ligado a la criminalización o no de dicha actividad en el derecho penal económico.

Por lo que, no se trata de dilucidar minuciosamente la teoría de la asignación de roles de cada órgano del Estado, pero solo para reforzar, dentro de la noción de separación de roles y no de una división de los mismos, el concepto de función pública que, en palabras de Celso Antonio Bandeira de Mello, adquiere el significado de "[a]ctividad realizada en cumplimiento del deber de interés público, mediante el uso de las facultades instrumentalmente necesarias conferidas por el ordenamiento jurídico"²⁹.

A partir de esa concreción, puede entenderse que el Estado existe no para sí, sino para satisfacer y salvaguardar los intereses y derechos de los ciudadanos, ello independientemente de la naturaleza de la función pública ejercida, aunque esto se hace más patente en las funciones públicas vinculadas al ejercicio del derecho penal y procesal penal, dado que, es un hecho, en palabras de Paulo Busato, que "todo lo que el Estado demanda de cada uno, no es en su propio interés, sino en el interés de los demás, así, el Estado no es el titular de Derechos, es un mero gestor de los Derechos de los demás (individuos)"³⁰.

En definitiva, la corrupción tiene una característica particular en la "clasificación penal", ya que, si la vida humana está garantizada por varios principios y normas jurídicas de amplia aceptación, improbables de ser refutados por ser inherentes al sujeto y únicamente verificables y sancionados por el Estado, la criminalización y el enfrentamiento de la corrupción necesariamente dependen de la concepción del Estado.

Nacen entonces las interrogantes: ¿Por qué no existe una clasificación penal independiente de la corrupción? ¿Por qué no se le da la misma importancia que a los delitos "comunes"? ¿Por qué delimitar a los sujetos en la comisión de delitos

²⁹ Celso Antonio Mello, *Curso de Derecho Administrativo*, trigésima primera edición (Sao Paulo: Malheiros, 2014), 29.

³⁰ Paulo César Busato, *Derecho penal, parte general* (Brasil: Atlas, 2013), 19.

especiales propios?, ello en virtud que es un instrumento garante para la verificación e implementación de las políticas públicas -aquí en sentido amplio- y que los daños -comprobables por lesión o peligro de lesión- al Estado constituyen la base de la sanción por parte de este.

1.3. Enfoques sobre la corrupción.

1.3.1. La vulneración de los derechos humanos a través de la corrupción.

Los derechos humanos son derechos de protección para cada individuo contra la injerencia arbitraria del Estado. Tal como refiere la profesora Anne Peters, los derechos humanos son derechos que se perfilan contra el Estado³¹, pues, la razón de la necesidad de tal protección para cada individuo es que el Estado, como titular del monopolio de la fuerza, la policía y el ejército, tiene un enorme aparato de poder a su disposición, lo que a su vez es un gran abuso, en relación a ello, también se incluyen naturalmente los actos de corrupción, debido a que el destinatario de los derechos humanos es por tanto, el Estado, y los tratados internacionales de derechos humanos no abordan la cuestión de la corrupción.

La CNUCC es considerada el primer instrumento internacional vinculante de lucha contra la corrupción y que viene a constituir una manera única para poder hacerle frente a este problema universal que crece día con día, la cual abarca cuatro ejes transversales principales: la prevención, las medidas de penalización y la aplicación de la ley, la cooperación internacional y la recuperación de activos, ello sin dejar de lado que dicha Convención también es el único instrumento jurídico universal contra la corrupción, el cual contiene normas innovadoras y que son mundialmente aceptadas, las cuales pueden ser aplicadas tanto al sector público como al sector privado.

Una de las razones por las cuales esta convención es el primer instrumento de su género radica en que la corrupción no cobró protagonismo hasta la década de 1990,

³¹ Anne Peters, "Corrupción y Derechos Humanos". En *Impacto de la corrupción en los derechos humanos* (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018).

cuando la mayoría de los tratados de derechos humanos ya habían entrado en vigor; sin embargo, la resolución 29/11/68, adoptada por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU el 2 de julio de 2015, refiere claramente el impacto negativo de la corrupción en los Derechos Humanos; en este mismo orden de consideraciones, en 2003, el entonces Secretario General de la ONU, Kofi Annan, mencionó en su discurso sobre la adopción de la CNUCC que la corrupción conduce a la violación de los derechos humanos, manifestando que la corrupción es una “plaga insidiosa que tiene una amplia gama de efectos corrosivos en las sociedades. Socava la democracia y el Estado de Derecho, provoca violaciones de los Derechos Humanos, distorsiona los mercados, erosiona la calidad de vida y permite que florezcan la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana”³².

En ese sentido, los actos corruptos individuales no afectan a un derecho humano específico a la vez, sino que siempre se ven afectados varios derechos simultáneamente, por lo tanto, no es posible trazar una línea divisoria entre cada uno de los derechos humanos, ya que, son mutuamente dependientes, por ejemplo, los posibles efectos de la corrupción sobre determinados derechos humanos constituye una afrenta al acceso a la justicia, a la protección jurisdiccional de los derechos y al debido proceso entre otros, dibujando así su interrelación; existe un amplio abanico de formas y lugares en los que se pueden configurar los actos de corrupción en el ámbito de la justicia, puesto que, los actores en este contexto pueden ser, jueces, fiscales o policías, así, cualquier acción de este tipo que influya indebidamente y vulnere la imparcialidad en el proceso judicial supone una violación del derecho a un juicio justo.

Además, es destacable relacionar la Declaración y Programa de Acción de Viena, que expresa que los derechos humanos no penden de su concreción normativa,

³² Citado por Ann Peters, “Corrupción y Derechos Humanos”. En *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*, editado por Carlos Tablante y Mariela Morales Antoniazzi (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018), 34.

sino que son inherentes a sus personas y en dicha calidad son “universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí”³³.

Cabe agregar, que el derecho a la educación, está consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁴ y se ha ampliado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁵, asimismo, este derecho también está consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño³⁶ y en el caso de los refugiados -en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados³⁷-, entendiéndose que por un lado, el derecho pretende garantizar una educación adecuada y de libre acceso para todos -de acuerdo con el principio de igualdad-; por otro lado, también incluye la libertad de cada individuo para elegir libremente los centros educativos y la autonomía de los mismos, pero los abusos en este ámbito se producen; *verbigracia*, cuando se exigen pagos ilegales para acceder a determinados centros educativos, se contratan profesores no cualificados debido a distintos actos de corrupción o de malversación de fondos públicos destinados al sector educativo.

En ese sentido, la corrupción en el sector educativo es especialmente perjudicial y tiene efectos a largo plazo, ya que, si no se puede garantizar la oportunidad de educación de manera uniforme e igual para todos³⁸, los desfavorecidos por este sistema suelen acabar en un círculo vicioso perpetuo de pobreza y desigualdad de trato, otro ejemplo podría ser el derecho a la alimentación, que ya está incluido en el derecho a la vida y el derecho a un nivel de vida adecuado, que se encuentra consagrado en la ya mencionada Declaración Universal de los Derechos Humanos;

³³ Declaración y Programa de Acción de Viena (Viena: Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993).

³⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos (París: Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948).

³⁵ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Nueva York: Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966).

³⁶ Convención Sobre los Derechos del Niño (Nueva York: Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989).

³⁷ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Ginebra: Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas, 1951).

³⁸ Comité de los Derechos del Niño, *Observación General número 1* (2001), párrafo 9. En cuanto a la educación, afecta las posibilidades de desarrollo de la personalidad, así como las posibilidades de llevar a una vida activa.

además se regula de forma independiente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el derecho a la alimentación puede verse afectado si, por ejemplo, se necesitan ciertas licencias para cultivar tierras agrícolas, que sólo pueden obtenerse con sobornos.

Además, la calidad necesaria de los alimentos puede ponerse en peligro si los actos de corrupción hacen que lleguen al mercado alimentos adulterados y no analizados, en este contexto, la corrupción también es una cuestión problemática en el ámbito del trabajo de desarrollo, puesto que, las organizaciones de ayuda y las ONG que trabajan para proporcionar a la población servicios básicos -especialmente alimentos y agua potable- están especialmente expuestas al riesgo de corrupción, ya que en estos casos, los fondos destinados a esta ayuda van a parar a los bolsillos de las maquinaciones corruptas, sin dejar de soslayar que la alimentación, en tanto derecho humano, se vincula a la soberanía alimenticia, a la propiedad privada en función social, al desarrollo sostenible, entre otros.

De lo predicado en el párrafo *supra*, la ex comisaria de Derechos Humanos de la ONU, Navi Pillay, hizo un llamamiento muy claro sobre el alcance de la corrupción en relación con el tema del bienestar: "La corrupción mata. El dinero robado por la corrupción cada año es suficiente para alimentar a los hambrientos del mundo 80 veces. Casi 870 millones de personas se acuestan con hambre cada noche, muchas de ellas niños; la corrupción le niega su Derecho a la alimentación y, en algunos casos, su Derecho a la vida"³⁹.

1.3.2. La importancia del vínculo entre derechos humanos y corrupción.

La conexión e interacción entre la corrupción y los Derechos Humanos no puede establecerse únicamente de manera teórica, ya que también debe formarse en la práctica, puesto que su impacto puede demostrarse claramente.

En concreto, fomentar la creación de una conciencia pública respecto de la afectación de la corrupción en los derechos humanos es una tarea urgente, puesto

³⁹ Peters, "Corrupción y Derechos Humanos", 34.

que es necesario que las personas participen en programas anticorrupción y apoyen las campañas contra la corrupción; esta participación conllevaría a jueces, abogados, medios de comunicación, entre otros, a hacer una campaña más intensa contra la corrupción; estos programas y campañas pueden ser apoyados desde la administración de justicia penal, al aclarar qué actos de corrupción tienen un impacto sobre qué derechos humanos específicos, es más fácil averiguar quién tiene derecho a presentar reclamaciones por daños y perjuicios y también quién tiene el deber de tomar contramedidas.

Se abren, pues, muchas nuevas posibilidades de actuación, y esto se debe a que en las últimas décadas se han creado diversos mecanismos a todos los niveles para vigilar y garantizar la observancia y el cumplimiento de los derechos humanos; es así como, si se violan estas prerrogativas esenciales a través de la corrupción, estos mecanismos también podrían utilizarse para combatir el problema en estudio. Aunque esta forma de actuar no sustituye a las medidas específicas de lucha contra la corrupción, puede considerarse especialmente como una medida con efecto preventivo a través de la disuasión,

Sin embargo, antes de continuar, debemos considerar con mayor detenimiento el hecho de que la corrupción influye negativamente en la implementación y aplicación de los derechos humanos, análisis que se emprenderá desde un punto de vista estrictamente jurídico.

1.3.3. ¿La corrupción como violación directa de los derechos humanos, o como mero impacto negativo?

Desde un punto de vista jurídico, hay una diferencia significativa en cuanto a si los actos de corrupción se clasifican como violaciones directas de los derechos humanos, que son penalmente relevantes y se castigan con las correspondientes sanciones, o como mero "menoscabo" de los derechos humanos; *ergo*, no se trata de una violación directa de los derechos a través de la corrupción, sino de un "impacto negativo".

Un ejemplo de avance puede verse por medio de la Corte Suprema de la India, quienes dieron un impulso constructivo a esta cuestión mediante una sentencia de 2012, ya que ellos van un paso más allá que el Consejo de Derechos Humanos de la ONU y habla de una violación indirecta de los derechos humanos e incluso describen la corrupción sistemática como una violación de los derechos humanos en sí misma, determinando que: "[l]a corrupción no sólo es un delito punible, sino que también socava los Derechos Humanos, violándolos indirectamente, y la corrupción sistemática, es una violación de los Derechos Humanos en sí misma, ya que conduce a delitos económicos sistemáticos".⁴⁰

En cambio, la corrupción se define como "crimen contra la humanidad" en la Declaración de Nairobi de 2006, empero, existen académicos⁴¹ que critican esta denominación, ya que equipara el genocidio con la aceptación corrupta de beneficios, generando a su parecer una completa degradación moral de los derechos humanos; entonces, ¿la corrupción debe considerarse como una violación directa de los derechos humanos o sólo como un efecto negativo sobre ellos puede interpretarse de forma diferente?

1.4. La corrupción como violación de los derechos humanos (dificultades).

1.4.1. Obligación de los Estados.

La responsabilidad de los Estados es respetar, proteger, sancionar sus violaciones y cumplir los derechos humanos. En cuanto a la dimensión del respeto, el Estado y cada uno de sus órganos deben respetar los derechos humanos; sobre el deber de protección, el Estado está obligado a prevenir las violaciones de los derechos humanos y a garantizar la protección jurídica mediante leyes específicas, como

⁴⁰ Corte Suprema de la India, *Apelación Penal, Referencia:16478. Estado de Maharashtra a través de la Oficina Central de Investigación, rama anticorrupción de Mumbai versus Balakrishna Dattatrya Kumbhar* (República de la India, 2012).

⁴¹ Fuchs y Kretschmann, *Entre el riesgo económico y los crímenes de lesa humanidad: Sobre la conexión analítica entre corrupción, crimen de Estado y derechos humanos. Estado de la investigación sobre la corrupción, prevención, problemas* (Tiehl, 2011), 162.

tercera dimensión, se impone a los Estados el deber de cumplimiento, es decir, la aplicación en la legislación nacional.

Si se aplican estas dimensiones al derecho a la salud, consagrado en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el resultado es el siguiente: “[t]oda persona tiene derecho a un nivel mínimo de alimentación, agua y atención médica”.

Estos recursos deben estar igualmente disponibles y accesibles para todos y con un determinado nivel, en ese orden, el Estado y sus órganos deben "respetar" este derecho; si, por ejemplo, se recorta el presupuesto para el sector sanitario y se utiliza para otros proyectos, no se respeta este derecho. Además, es deber del Estado proteger el derecho de la interferencia de terceros, es decir, castigar y evitar actividades como los sobornos a los médicos para adelantar las citas; si el Estado no toma medidas contra las actividades corruptas, no cumple adecuadamente el derecho a la salud.

1.4.2. Causas.

Al evaluar las violaciones de los derechos humanos, la cuestión de la causalidad plantea dificultades. Es aquí donde se torna relevante la conexión entre el comportamiento corrupto -en este sentido también las omisiones- y las violaciones de los derechos humanos, puesto que, para suponer una relación de causalidad, la acción u omisión -normativa- debe estar estrechamente relacionada con la violación de un derecho y también debe ser previsible para el actor.

Una cadena excesivamente larga de causas que se producen consecutivamente y que conducen a un efecto negativo o a efectos consecuentes que no son previsibles, no se juzga como causal; no obstante, si el acto corrupto no es más que una causa coadyuvante menor entre varias para la violación de los derechos humanos y, además, se encuentra fuera del marco previsible, no hay conexión causal.

Las formas especiales de causalidad deben considerarse con más detalle en el caso de la causalidad alternativa, en el que la corrupción es sólo una de varias causas;

la causalidad se afirma en muchos casos, si se oponen dos actos, cada uno de los cuales es causal en sí mismo, se trata de la llamada doble causalidad; la causalidad de superación es similar, sólo que un acto es superado por el otro, que entonces causa el resultado negativo, de modo que el primer acto ya no entra en juego. Si se sigue la jurisprudencia del derecho internacional de los derechos humanos, también se puede suponer una conexión causal entre la causa y el resultado. De esta forma, la Comisión Internacional de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que:

“La corrupción no solo genera vulneraciones a los Derechos Humanos en casos individuales, sino también puede transformarse en un obstáculo estructural al ejercicio y goce de tales derechos para la sociedad en conjunto”⁴².

Ahora bien, para estudiar la legalidad de introducir los actos de corrupción como un crimen *de lesa humanidad*, se debe tener en cuenta el “Estatuto de Roma”⁴³, el cual es el tratado constitutivo de la CPI. Así, el artículo 5 de este cuerpo normativo muestra que la competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional.

Para tales fines, se realiza una distinción, creando cuatro categorías específicas: el crimen de genocidio, crimen de guerra, crimen de agresión y crímenes *de lesa humanidad*, en virtud que, cada uno de estos son considerados conductas penalmente relevantes al considerarlos tipos penales, ya que el mismo Estatuto viene a plantear un desarrollo de cada una de las conductas que son calificadas como tipo, por lo que se infiere que el delito de corrupción no está regulado expresamente como un crimen de *lesa humanidad* en el Estatuto de Roma.

No obstante, eso no significa que la discusión esté resuelta, ya que cabe la posibilidad de que puedan ser considerados como parte del grupo de “actos

⁴² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos*, (OEA/Ser.L/V/II. Doc.236/19, 2019), 60.

⁴³ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (Roma: Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998).

inhumanos de carácter similar”⁴⁴, en ese sentido y de una forma un poco más específica, el inciso 1° del artículo 7 del Estatuto de Roma sostiene que, para que determinado acto sea considerado un crimen *de lesa humanidad*, debe cometerse como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y que se tenga conocimiento de dicho ataque.

En ese sentido, al hablar de los tipos penales, resulta necesario hacer la aclaración que en Kampala⁴⁵, en la conferencia de Revisión del Estatuto, se adoptaron disposiciones que dan lugar a la Corte, que esta pueda ejercer competencia sobre el crimen de agresión, por medio del cual se comprometió de manera expresa a activar dicha competencia lo antes posible, dando lugar por primera vez en la historia, que una Corte Internacional permanente e independiente tenga competencia para declarar a los dirigentes nacionales como los responsables de las maneras más graves o del uso ilegal de la fuerza con otros Estados.

1.4.3. Atribución de actos de corrupción al Estado.

Los aspectos de la imputación se refieren así una determinada conducta es imputable al Estado, es decir, si la conducta perjudicial se cuenta como parte de la esfera de responsabilidad del Estado, también se deduce que el Estado perjudica directamente los derechos humanos, es así, que las normas sobre la imputabilidad y la responsabilidad de los Estados en caso de comportamiento ilícito se encuentran en las normas elaboradas por la Comisión de Derecho Internacional (CDI)⁴⁶.

Según el artículo 2⁴⁷, un hecho es contrario al derecho internacional si es atribuible al Estado y si viola un deber del Estado según el derecho internacional. Según los

⁴⁴ Rodrigo Rivera, "¿Es la corrupción un crimen de lesa humanidad?", *Instituto de Democracia y Derechos Humanos* (13 de abril de 2021). <https://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis1/es-la-corrupcion-un-crimen-de-lesa-humanidad/>

⁴⁵ Misión Permanente del Principado de Liechtenstein ante las Naciones Unidas *et al*, *Manual de Ratificación e Implementación de las enmiendas de Kampala al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Crimen de agresión/Crímenes de Guerra* (Princeton: Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, 2012).

⁴⁶ Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1947).

⁴⁷ *Ibid.*, artículo 2.

artículos 2 y 4⁴⁸, todo acto u omisión de un órgano del Estado, ya sea ejecutivo, judicial o legislativo, se atribuye al Estado como su conducta.

Es decir, las acciones de los funcionarios públicos individuales, que tal como se definen en el artículo 5, no son órganos en el sentido del artículo 4, deben examinarse con más detalle, pero tienen la autoridad para realizar ciertos actos de soberanía, ello según los principios del artículo 5⁴⁹, que es la conducta ilícita de un funcionario público, por lo tanto, en este contexto un acto de corrupción, no es punible, pues, la conducta sólo puede atribuirse al Estado si esta persona también actúa "en esta calidad", o sea, en el ejercicio de los poderes soberanos. Por tanto, el mecanismo de tutela que tendrían las víctimas contra del Estado, podría ser *prima facie* acudir al sistema interamericano de derechos humanos que la idea sería acudir a la CPI.

Por lo tanto, los actos privados no están cubiertos por la imputación y el Estado también es responsable de los actos que "exceden sus competencias o contravienen sus instrucciones" -artículo 7-⁵⁰, los cuales son llamados actos "*ultra vires*", y es aquí donde queda claro que es difícil distinguir entre la acción privada, por un lado, y la acción estatal autónoma sin autoridad por otro, aunque el Estado pueda responder a nivel internacional por violación a los derechos humanos, ya sea por acción -como una consecuencia de un hacer o actuar de sus agentes-, por aquiescencia, como una consecuencia del consentimiento tácito que es dado por el Estado o sus agentes o bien, por omisión, como resultado que el Estado o sus agentes no actúen conforme y cuando debían hacerlo.

Respecto a ello, el comentario de la CDI⁵¹ afirma que en los casos en que el acto no autorizado está tan alejado de la autorización oficial que sólo existe una conexión muy ligera, no es atribuible al Estado, pues depende sobre todo de si el funcionario

⁴⁸ *Ibíd.*, artículo 4.

⁴⁹ *Ibíd.*, artículo 5.

⁵⁰ *Ibíd.*, artículo 7.

⁵¹ Andrés Pizarro Sotomayor y Fernando Méndez Powell, *Manual de Derecho Internacional de Derechos Humanos, aspectos sustantivos* (Panamá: Universal Books, 2006), 518.

está actuando en el ejercicio de su cargo y si éste es también aparente, es decir, con "autoridad aparente".

En el plano de la jurisprudencia del derecho internacional, el caso "Gustave Caire - Francia- contra los Estados Unidos Mexicanos"⁵² es muy significativo en este contexto, en el que el ciudadano francés Jean-Baptiste Caire fue asesinado a tiros en México por dos agentes mexicanos tras negarse a cumplir la exigencia de los agentes de pagar un soborno, y la Comisión de Reclamaciones Franco-Mexicana determinó entonces que México era responsable de la mala conducta de los dos oficiales, esto se basó en el hecho de que al exigir las sumas de dinero y luego matarlas, los agentes actuaron en su calidad de funcionarios públicos y utilizaron medios especiales -coercitivos- de los que disponían en virtud de sus poderes oficiales.

Aplicando estos principios a los casos de corrupción, el comentario de la CDI también afirma que el soborno es una de las formas de actos *ultra vires*⁵³, asimismo, la respetada profesora de derecho Anne Peters, también escribe sobre la imputación de actos corruptos a los Estados; comúnmente, un funcionario público corrupto hace uso de sus competencias estatales y, por lo general, también actúa en calidad de tal, ya que como persona privada no dispondría de estas posibilidades, como la aprobación de un permiso⁵⁴; como se desprende de estos principios, los actos de corrupción de los funcionarios públicos son en muchos casos imputables al Estado.

El Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos tomó una decisión similar en el caso "Yeager contra Irán"⁵⁵, pues se presentaron dos denuncias contra el gobierno iraní; la primera se basa en la demanda de pago de una cantidad adicional a un empleado de la aerolínea iraní y la segunda denuncia se refiere a la extorsión por parte de dos oficiales de la Guardia Revolucionaria que se hicieron pasar por

⁵² Comisión de Reclamaciones Franco-mexicana. *Sucesión de Jean-Baptiste Caire contra México*, 5 RIAA 516, 7.6 (1929).

⁵³ James Crawford, *Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado: Introducción, texto y comentarios* (2002), 108.

⁵⁴ Peters, "Corrupción y Derechos Humanos".

⁵⁵ Tribunal de Reclamaciones de EE. UU. -Irán, *Yeager v. República Islámica de Irán*, 1987.

funcionarios; en cuanto a la segunda acusación, se afirmó la responsabilidad del Estado, como en el caso de Jean-Baptiste Caire, ya que la confiscación de dinero solo era posible bajo el manto del poder estatal. En cambio, la acción del empleado de la aerolínea no se atribuyó al Estado, pues de acuerdo con el tribunal no se actuó en interés del Estado iraní, sino que simplemente quiso obtener una ventaja privada de él. La diferencia entre estos casos radica en que el empleado de la aerolínea, en comparación con las otras personas, era consciente de que estaba cometiendo un acto puramente privado.

1.5. La prevención de la corrupción como una violación a los derechos humanos.

Un argumento a favor de la hermenéutica de los derechos humanos de las medidas anticorrupción es la mejora social y moral, pues deja claro que la corrupción no es sólo el abuso de poder o el pago de sobornos, sino que también puede dar lugar a violaciones de los derechos humanos; es así, que las medidas anticorrupción se vuelven más eficaces gracias a la influencia de los derechos humanos, ya que se mejora la rendición de cuentas -responsabilidad y justificación de las acciones- o el requisito de transparencia -acciones comprensibles y divulgadas-.

El Consejo de Derechos Humanos de la ONU⁵⁶ también observa ventajas en este contexto, pues la corrupción se contempla principalmente desde la perspectiva del derecho penal, que sitúa al autor en el centro del proceso penal y suele relegar a la víctima a un segundo plano. Al aplicar la interpretación de los derechos humanos a la corrupción, se pretende situar a la víctima en el centro del proceso y, en general, el impacto negativo de los actos de corrupción en el conjunto de la sociedad; además, el Estado se convierte así en el centro de la responsabilidad por el comportamiento corrupto y las medidas anticorrupción del Estado se convierten en su deber de forma aún más clara.

⁵⁶ Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos, *Informe final sobre el tema del impacto negativo de la corrupción sobre el disfrute de los derechos humanos*, referencia A/HRC/28/73, 2015. https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session28/Documents/A_HRC_28_73_SPA.doc.

Sin embargo, también hay estudiosos que sostienen opiniones contrarias, como Goodwin y Sender⁵⁷. En su opinión, aunque la vinculación de la corrupción con la política de derechos humanos tiene ventajas, éstas son demasiado débiles y no justifican en absoluto esta fusión. Consideran que la idea de vincular estos dos componentes es una consecuencia de la "anticorrupción", que a su vez se ha desarrollado a partir de las ideologías; además afirman que, al enmarcar los instrumentos anticorrupción en términos de derechos humanos, se ponen en peligro los propios derechos humanos y el enfoque de vincularlos está en contradicción con el objetivo de acabar con la corrupción.

1.6. Nuevos enfoques.

En la lucha contra la corrupción, se buscan constantemente nuevos enfoques para responsabilizar a los autores de actos corruptos y permitir una mejor persecución de la corrupción, especialmente de la "gran" corrupción, pues las víctimas de la corrupción también deberían tener un *estatus* más favorable y más oportunidades para actuar; por lo tanto, este capítulo pretende presentar varias posibilidades y nuevas ideas sobre las medidas legales que podrían adoptarse para lograr el objetivo de una sociedad libre de corrupción.

1.6.1. La corrupción a gran escala.

Como se ha consignado en los párrafos iniciales de esta producción investigativa, la jurisprudencia de El Salvador ha reconocido que una de las afecciones producidas por la corrupción recae en los derechos fundamentales sociales. De tal modo, que la principal causante de la brecha generada para acceder a trabajo, previsión social, educación, salud y medicamentos, entre otros, es lo que se ha construido conceptualmente como *corrupción a gran escala*. Este fenómeno es conceptualizado por Pino y otros como: "aquel acto corrupto desarrollado por

⁵⁷ Goodwin, Morag, y Kate Rose Sender. "Vinculando la corrupción y los derechos humanos: una adición no bienvenida al discurso del desarrollo". En Documento de trabajo de la Facultad de derecho de la Universidad de Maastricht (2009, traducido en 2010), 22.

agentes de alto nivel, activos o con participación latente en el sistema político, lugar donde no interesa su rol –sea funcionario público, político o actor privado-”⁵⁸.

Bajo esa línea, será corrupción a gran escala cuando: i) las sumas de dinero que se encuentren involucradas sean exuberantes; ii) los encargados de su desarrollo son personas naturales o jurídicas o delincuentes de cuello blanco privados con poder económico elevado o por funcionarios del Estado; iii) es una masificación de actos inherentes en la sociedad afectada, no son actos aislados; iv) el perjuicio que ocasionan no es solamente económico, sino que restringe, limita e inhibe la progresión de los derechos fundamentales, principalmente, los sociales; v) limita la justicia, pues la ubicación privilegiada que tienen sus actores, les permite eludirla⁵⁹.

En el contexto macrosocial de El Salvador, la dinámica de alteración del bien colectivo se ha visto trastocada por este fenómeno. Su práctica delictiva, principalmente ha tomado posesión dentro de los cargos públicos, donde la relación cercana con la protección de los fondos del Estado y el otorgamiento de un cargo privilegiado han significado elementos sustanciales para la corrupción.

El elemento de la cercanía a los fondos del Estado es desde luego, uno de los puntos más inherentes a la corrupción a gran escala por parte de los funcionarios, lo cual hace que los efectos de estas prácticas transiten del ámbito económico, hacia la vulneración de la parte material de la Constitución de El Salvador: los derechos fundamentales.

Una crítica perenne en el país es la efectividad limitada de las principales entidades a cargo del reproche de la corrupción, lo cual ha transmitido a la función de la persecución penal como último y mayor desequilibrador de estas prácticas. La instauración de la acción penal, la persecución del delito y la judicialización de casos, han significado una herramienta de combate necesaria, pero que se limita

⁵⁸ Leónidas Pino *et al*, "La corrupción a gran escala no tipificada en el ordenamiento colombiano: análisis desde los escenarios jurídicos y categorías de corrupción", *Revista Opinión Jurídica*, número 20 (2021).

⁵⁹ Esther Hava García, "Gran corrupción: estrategias para evitar su impunidad internacional", *Revista Nuevo Foro Penal*, número 87 (2016): 64.

cuando el control social y la desinformación sobre la procedencia y utilización de los fondos del Estado se encuentra en el devenir diario⁶⁰.

En ese afán argumentativo, el delito de peculado es una de las conductas que prohíben apropiarse en beneficio propio o ajeno de aquellos fondos materiales o inmateriales que fueron consignados a cargo del sujeto activo debido a la función pública que ejerce. Esto, es de reiterada relevancia dentro de la corrupción a gran escala, pues el tipo penal se encarga de generar un límite general de todos los funcionarios o servidores públicos para que limiten sus actuaciones en estricto sentido legal, pero además, intrínsecamente orienta su contenido hacia el perfeccionamiento de la función pública, particularmente, sobre la no-intervención privada en lo que está destinado para el servicio de la comunidad.

En nuestra trayectoria histórica y contemporánea, la corrupción a gran escala en general y el delito de peculado en particular, han constituido una unidad indisoluble en la sociedad; sus manifestaciones más expresas consisten en la desviación de los fondos del Estado para beneficio de los intervinientes, pero, además, en la práctica irregular de los procesos de adquisición y contratación de bienes y servicios.

Conforme a ese parámetro, casos notorios para toda la población -como la persecución iniciada en contra de tres expresidentes del país en las últimas décadas por la apropiación de cantidades millonarias destinadas a fines sociales-, incentivan la necesidad de innovar en el alcance del derecho penal sobre la identificación y persecución de procesos como estos.

Los perpetradores del delito de peculado, como una manifestación de la corrupción a gran escala, evidencian en el sistema la dificultad de su persecución penal, ya sea, por la figura de transparencia que utilizan para la legitimidad de sus actos, amparada en el contenido social sobre esa fachada y, por otro lado, el límite persistente en no poder explicar las causas del cometimiento de esto ilícitos a través de las raíces ordinarias como la pobreza, la carencia de educación o acceso al

⁶⁰ Fundación para el Debido Proceso, *La apuesta salvadoreña en el combate a la corrupción: ¿Tiene el país las herramientas necesarias para ganar esta batalla?* (Washington DC, 2018).

trabajo⁶¹. Ambas concepciones, imponen la necesidad que El Salvador se cuestionen estos ámbitos de estudio, y que la dogmática sienta postura sobre las aristas del problema.

1.6.2. La gran corrupción como afectación a los derechos humanos.

El fundamento ideológico de la Constitución de El Salvador ha derivado de la dignidad humana y del principio democrático, la importancia de dar prioridad a la garantía de los derechos del ser humano frente al poder político⁶². De esa herencia humanista, es que a la Constitución se le consigna no solo la descripción y división de los órganos del Estado, sino, además, un *mínimum vital jurídico*, una parte material otorgada a favor del individuo, que se denominan derechos fundamentales⁶³.

Bajo esa perspectiva, cualquier límite irrazonable o ilegal de los derechos fundamentales o humanos –atendiendo a su denominación según su reconocimiento en el cuerpo interno de un país- contrario al sentido humanista por el que han sido proclamados, es una práctica que los restringe e inhibe su postura como *chapas de seguridad* ante el poder.

Para el caso de El Salvador, el precedente ya ha demostrado lo que la corrupción a gran escala genera para el ordenamiento jurídico y la vida en sociedad. Así, se ha sostenido que la corrupción abona consecuencias directas e indirectas contra los derechos fundamentales.

En relación con la afectación que la corrupción reporta a los derechos fundamentales, el criterio jurisprudencial ha demarcado dos especies a saber. Por un lado, está la violación directa, que limita el desarrollo sistemático y necesario de los derechos fundamentales de la ciudadanía, sobre todo, con la restricción al cumplimiento de las garantías internacionalmente reconocidas a su favor. Por otro

⁶¹ Álvaro Burgos, “Cuello blanco y delito”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, número 138 (2015): 76-77.

⁶² Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad*, Referencia: 22-2011 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017).

⁶³ Enrique Anaya, “Nociones básicas sobre el concepto de Constitución”. En *Teoría de la Constitución. Estudios en homenaje a José Albino Tinetti* (San Salvador: Departamento de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2020), 17-18.

lado, está la violación indirecta, aquellas acciones ocasionadas por la corrupción que, sin ser un agravio directo a los derechos fundamentales, repercuten en sus manifestaciones y, por derivación, los vulneran y limitan su ejercicio⁶⁴.

Sin embargo, la principal vulneración que la corrupción a gran escala genera, se encuentra en el derecho fundamental de la igualdad, que permite un “trato diferenciado, injustificado e irrazonable y tiene el propósito de favorecer a personas o grupos determinados, garantizar su impunidad y generar una situación de privilegios”⁶⁵.

Es válido concluir, que la corrupción a gran escala atenta con mayor suspicacia sobre la manifestación prestacional de los derechos fundamentales⁶⁶, porque restringe la utilización de los fondos del Estado destinados para garantizar el esquema de necesidades mínimas de la población, como la salud, la seguridad, el trabajo o la educación. Esta manifestación prestacional de los derechos fundamentales crea el umbral mínimo de dignidad humana de toda la población, pero, sobre todo, de los grupos más desfavorecidos en la sociedad, por lo tanto, las prácticas que atrofian los fondos destinados a garantizar estos derechos, suma a la brecha social que deriva en la desigualdad y convierte a la pobreza en un denominador común de la población⁶⁷.

1.6.3. Los efectos de la gran corrupción en la actividad económica del Estado.

El precedente jurisprudencial del país ha enmarcado un criterio restrictivo con relación a la única forma en que la economía y la propiedad merecen tutela jurisdiccional, lo cual, será de forma inalienable en los beneficios que el trabajo legalmente realizado y la causa legal de obtención del dinero brinden, por lo que, el

⁶⁴ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad*, Referencia:146-2014/107-2017 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018), párrafo 29.

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad*, Referencia: 53-2005/55-2005 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013).

⁶⁷ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad*, Referencia: 1-2017/25-2017 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017).

rechazo hacia los beneficios económicos obtenidos de actividades ilícitas ha sido un criterio adecuado para el umbral mínimo de la democracia⁶⁸.

La visión del Estado se ampara en el principio de legalidad, en el reconocimiento de una esfera material en la Constitución como límite al poder, pero, además, en un rol cualificado de funciones asignadas a los órganos del Estado. En esa dinámica de funcionalidad, la economía es un elemento importante al servicio de la población, sobre todo, cuando se ejerce para un fin social, directamente involucrado en la prestación que al Estado le corresponde realizar para garantizar los derechos fundamentales.

La afirmación de que la corrupción a gran escala afecta la actividad económica del país puede ser concebida desde dos ejes interdependientes entre sí. El primero acontece cuando los fondos asignados para la función pública de una institución del Estado son apropiados, sustraídos o limitados del fin originario, utilizándose a beneficio de los particulares. Cuando ello acontece, se redirecciona el presupuesto anual que se realiza para la sana administración de los fondos obtenidos en la tributación anual, que directamente se recaudan de los activos fijos y pasivos impuestos a la población por la obtención de bienes y servicios⁶⁹.

El segundo eje se ubica en el momento en que esos fondos ya sustraídos de la utilidad pública son implementados para la adquisición de bienes y servicios a título y beneficio particular, legitimando su procedencia y trasgrediendo así el normal desarrollo de la economía, al inmiscuir en ella fondos o activos provenientes de una causa ilícita.

Sobre esta base, las acciones tendientes a alterar la adquisición y contratación del Estado con los particulares son otra modalidad de atrofio al sistema económico. En esa relación contractual ilegal el funcionario del Estado, de acuerdo con su vinculación con el caudal público y su capacidad de decisión, incide en los procedimientos ordinarios establecidos en la Ley de Adquisiciones y Contrataciones

⁶⁸ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad* 146-2014/107-2017.

⁶⁹ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 15-2011/38-2011* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011).

de la Administración Pública –LACAP-⁷⁰. De hecho, en el esfuerzo por identificar este tipo de actividades para su sanción, gran parte de la dogmática penal denomina a esto como *desembolso sustancial de fondos*, que tienen impacto masivo en el presupuesto anual del Estado y en las perspectivas de crecimiento económico del país⁷¹.

La Sala de lo Constitucional ha sido tajante en señalar que la actividad económica del Estado se entenderá como adecuada para el desarrollo del país, siempre y cuando las siguientes manifestaciones, no tengan más límites que los prescritos por la ley: i) que esté estrechamente ligada a la producción de bienes y servicios para el beneficio humano; ii) la posibilidad de distribuir tales bienes y servicios, en la forma, cantidad y modalidad que sean requeridos; y iii) que se permita el consumo, utilización y disfrute del bien y servicios de las anteriores etapas. Así, el Estado debe prohibir las prácticas individuales o colectivas que atenten contra ese sistema, pero también, le es exigible prohibir para su beneficio un monopolio determinado en cualquiera de esas etapas⁷².

Esas implicaciones son alteradas por la corrupción a gran escala, porque incidir en el esquema económico, soslayando la función pública de los fondos, limita con carácter irrestricto la libertad, pero sobre todo la igualdad, porque la actividad económica legal y libre, se limita a partir de los sobornos y beneficios económicos obtenidos del erario. Finalmente, al atentar contra el normal desarrollo de un país, una corrupción masificada alcanza a alterar los derechos fundamentales, como será analizado en el epígrafe que sigue.

⁷⁰ Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2000).

⁷¹ Susan Rose-Ackerman, "Corrupción y economía global", *Revista Isonomía*, número 10 (1999).

⁷² Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 2-92* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1999).

CAPÍTULO II

LA CORRUPCIÓN COMO MANIFESTACIÓN DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICA

Sumario: 2. Corrupción y delincuencia económica. **2.1.** La corrupción en el sector privado y delincuencia económica. **2.1.1.** La interrelación entre la corrupción pública y privada, como manifestación de la delincuencia económica. **2.2.** La participación de la persona física en la corrupción, como manifestación de la delincuencia económica. **2.2.1.** La persona física como delincuente económico y como delincuente de cuello blanco. Referencia a sus distinciones. **2.2.2.** Particularidades del delincuente económico o de cuello blanco del sector privado. **2.3** La participación de la persona jurídica en la corrupción, como manifestación de la delincuencia económica **2.3.1.** De la responsabilidad penal de la persona jurídica por su participación en actos de corrupción. **2.3.2.** De la responsabilidad civil de la persona jurídica por su participación en actos de corrupción y la cláusula penal “actuar por otro”. **2.4.** Libertad de empresa. **2.4.1.** Libre competencia. **2.4.2.** Vaciamiento de los recursos del Estado. **2.4.3.** Encarecimiento de la obra pública. **2.4.4** Enriquecimiento ilícito. **2.4.5.** Lavado de dinero.

Introducción y propósito.

El propósito de este capítulo se centra en brindar una aproximación de la concreción de la corrupción como una modalidad más de la delincuencia económica. Para ello, se parte de las particularidades de la delincuencia económica desde la óptica de la corrupción privada relacionada al derecho penal de la empresa, como antesala de los criminales que se sitúan en el sector privado y las actuaciones que se enmarcan en tales contextos, donde se presentan empleados y directivos de la empresa, con la finalidad de beneficiarla.

Igualmente, se presentan las características de la delincuencia económica, donde el protagonista puede ser una persona física pero también una persona jurídica, con lo cual se expone la participación de ambas personas en el ciclo de la corrupción, como manifestación de la delincuencia económica. Coincidente con lo anterior, de forma particular se describen los distintos modelos de responsabilidad penal de la persona jurídica, tomando en cuenta la relevancia que tiene su participación en actos de corrupción y el interés de la comunidad internacional para que los Estados sancionen penalmente a la persona jurídica.

2. Corrupción y delincuencia económica.

En apartados anteriores, se ha señalado que el concepto de corrupción en sus primicias y de forma tradicional, se ha vinculado con la compraventa de las funciones de la administración pública, donde se sitúa la pérdida de la confianza en la administración ante tales acciones, derivando con ello el debilitamiento de las democracias de los Estados afectados por estas actividades ilícitas, y a su vez pobreza en la población, reduciendo el desarrollo económico de los países afectados, entre otros.

Además, se zanjó el interés de la población en que las decisiones de los funcionarios se realicen bajo el principio de imparcialidad, para satisfacer los intereses públicos y no privados; así, la sociedad objeta el abuso del poder otorgado a los servidores públicos, cuando estos ejecutan actos corruptos en el giro de sus funciones a cambio de una ventaja económica. Lo antes relacionado, ha sido la perspectiva de este fenómeno que se vio reflejado desde las primicias del Código Penal salvadoreño y que, como bien afirma Nieto Martín⁷³, aún se proyecta esta imagen de la corrupción en la población⁷⁴.

Reiteradas las ideas anteriores, a pesar de que la corrupción comúnmente se encuentre vinculada con organismos públicos, debe señalarse que, nada impide que este fenómeno se sitúe también en organizaciones privadas, en las cuales se

⁷³ Adán Nieto Martín, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, *Revista Penal México*, número 4 (2013).

⁷⁴ Una mirada a las notas periodísticas publicadas en El Salvador en 2020 y 2021 reflejan esta afirmación, puesto que se acentúan supuestos hechos de corrupción vinculados generalmente a la actividad funcional. *Vid.* Loida Martínez Avelar, “El Salvador destacó en 2020 por la corrupción durante la pandemia”, *Revista Factum* (28 de enero de 2021), <https://www.revistafactum.com/transparencia-elsalvador-corrupcion/>. También, *vid.* Claudia Espinoza, “El Salvador: concentración de poder en el ejecutivo contribuye a corrupción”, *Revista El Economista* (29 de enero de 2021), <https://www.eleconomista.net/actualidad/Concentracion-de-poder-en-el-ejecutivo-contribuye-a-corrupcion-20210129-0001.html>. Ahora bien, debe decirse que lo anterior, no significa que a la corrupción pública no deba dársele atención y unir esfuerzos para su prevención y combate, sino que, no debe obviarse las personas particulares que contribuyen a que se ejecute este flagelo, donde delinquentes económicos surgen para conseguir ventajas indebidas a favor de sus empresas, trastocando así el orden socioeconómico.

vulneran “*intereses sociales propios*”⁷⁵ no vinculados directamente con los intereses públicos. Es así que en la actualidad, la doctrina distingue dos tipos de corrupción: la “corrupción pública” y la “corrupción privada”⁷⁶, siendo esta última la que se sitúa en la delincuencia económica, vinculada al Derecho penal de la empresa, la cual no se señala específicamente en el Código Penal salvadoreño; empero que, ello no excluye la existencia de la criminalidad dentro del giro de las actividades empresariales.

Desde el reproche realizado al que prefería la ciencia en la época del oscurantismo, hasta la persecución del funcionario que equipara a su beneficio el caudal público, se demuestra que estudiar el delito y la delincuencia, exige verificar la evolución del grupo societario. Ahora, la criminalidad ha tomado interés sobre el beneficio económico obtenido de forma irregular que, más allá de ejecutar un comercio ilegal, centra su atención en la administración del Estado y sus activos financieros obtenidos de la recaudación pública.

En ese sentido, independientemente que la corrupción sea pública o privada, en ambas se trata de un fenómeno criminal complejo, pero, que su combate puede centralizarse desde el derecho penal y las herramientas que le han sido conferidas en el contemporáneo sistema democrático. Así, en la trayectoria histórica de esta materia, le han sido identificadas dos funciones preventivas de carácter social. Una general, que alude a crear un margen público de lo que *no se debe hacer* por entenderse prohibido, lesivo, asocial, ilegal o inconstitucional; pero también, una

⁷⁵ María Acale Sánchez, “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código Penal español”, *Diritto Penale Contemporaneo*, número 3-4, (2014): 27, https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/foto/4062DPC_Trim_3-4_2014.pdf#page=9&view=Fit.

⁷⁶ La criminología visualiza la distinción entre la corrupción pública y corrupción privada, desde la perspectiva que, “*los objetivos del sector privado se limitan a la obtención de la máxima rentabilidad, aunque no necesariamente contemplada en términos económicos; mientras que en “lo público” –o en lo que queda de “lo público” desde los embates procedentes del modelo neoliberal– los objetivos se centran en la tutela de los derechos, intereses, principios e instituciones constitucionalmente impuestos*” Juan María Terradillos Basoco, “Mercado y administración pública / Criminalidad económica y corrupción política”. En *El derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño* (La Habana: Unijuris, 2016), 199. También, *vid.* Norberto de la Mata Barranco, *Derecho penal económico y de la empresa* (Madrid: Dykinson, 2018), 415; Acale Sánchez, “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código Penal español”, 27.

función especial, donde la prevención es particular y procede como consecuencia de la ejecución de lo *que no se debe hacer*⁷⁷.

A *prima facie*, en el ordenamiento jurídico de El Salvador, el principal ente controlador de este fenómeno recae hoy en el derecho penal, soslayando su función de *ultima ratio* y asignándole una cualidad instrumentaría de límite al desenfreno del poder⁷⁸. Sin embargo, el límite que tiene el derecho penal es que la corrupción es un fenómeno moderno que instaura brechas sociales innombrables, sobre todo en los sectores más carentes de recursos. De manera que, pese a sus consecuencias nocivas, su invisibilidad e inclusión diseminada en el núcleo de la administración pública, imponen al derecho penal un reto: la disolución del fenómeno más allá de las fronteras del caso judicializado.

El bloque jurisprudencial de El Salvador ha superado la visión clasista de identificar a la corrupción como un exclusivo medio de contaminación de la administración pública; al contrario, resalta que sus efectos debido al manejo indebido de fondos públicos inciden en el estado de derecho, la democracia y sobre todo, en los derechos sociales⁷⁹. Sobre el último particular, el precedente ha debatido el límite argumentativo brindado a los derechos sociales por considerarlos *caros*⁸⁰, reconociéndolos como auténticas posiciones ético-jurídicas que exigen la

⁷⁷ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 21-2020/23-2020/24-2020/25-2020* (Corte Suprema de Justicia: El Salvador, 2020). Nuestro precedente jurisprudencial asimila la libertad jurídica al Art. 8 CN. Pero, además, la mentalidad jurisprudencial entiende a la libertad como una posición jurídica para hacer u omitir exigiendo la no intervención del tercero en lo que se hace o se omite hacer. La relevancia de la libertad es tanta, que se erige en el ordenamiento jurídico como derecho fundamental y como valor legitimador junto a la igualdad, que forma la materialización de la dignidad humana. A efectos penales, la libertad jurídica tiene un único límite, que se deriva de lo identificado como merecedor de sanción o reproche jurídico en la proporcionalidad legislativa. El estudio de los márgenes de la libertad, en el ámbito de la criminalidad económica, debe realizarse desde la visión de lo jurídicamente permitido como particular hasta lo jurídicamente prohibido como sujeto que ejerce cargos públicos.

⁷⁸ Claus Roxin, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (Madrid: Civitas, 1997), 49-53. El derecho penal descansa en el principio de subsidiariedad de protección de bienes jurídicos, sin embargo, ante los delitos relacionados a la corrupción, pareciere que se antepone a todas las demás cuestiones de carácter accesorio y preventivo.

⁷⁹ Sala de lo Constitucional, *Auto Interlocutorio de Admisibilidad 6-2016*.

⁸⁰ Francisco Javier Ansuátegui Roig, "Argumentos para una teoría de los derechos sociales", *Revista Derecho del Estado*, número 24 (2010): 61. En términos del autor, los derechos sociales han sido catalogados como *caros* y separados de los derechos fundamentales *baratos* –los individuales-. Esa concepción histórica los ha soslayado por su exigente carácter prestacional, donde el Estado debe incidir para proporcionarlos jurídica y materialmente.

intervención del Estado, para proteger el aspecto más vital y esencial del ser humano⁸¹.

La ponderación normativa de las conductas corruptas ha sido por la obligación de adecuación normativa interna a los estándares de derechos humanos en la materia. Por ejemplo, normas nacionales como la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos o la Ley de Probidad⁸², surgen a causa del Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos Relacionado con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos, así como de la CICC, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada y sobre todo, de lo dispuesto en la CNUCC.

Como se reiteró, el margen interpretativo de la corrupción es amplio, pero, en el Código Penal, a partir del capítulo II del título XVI, se encuentra la *familia delictiva* de las conductas corruptas, que afectan el bien jurídico colectivo que es la Administración Pública. Es válido otorgar dos breves menciones a lo concerniente al bien jurídico que se protege. Primero, su criterio hace énfasis en lo que corresponde a la comunidad jurídicamente organizada, que le confía al Estado para que administre a su propio beneficio, aspectos como la seguridad social, el acceso a la educación o salud, la previsión social, entre otros. Segundo, la Administración Pública no se restringe a la vulnerabilidad individual, al contrario, reconoce el grado de riesgo que una práctica corrupta representa para la sociedad entera, lo que brinda a la comunidad la obligación de supervisión del caudal público.

Tradicionalmente, la propia ubicación que el legislador realizó en el Código Penal identifica la corrupción como un rasgo de la delincuencia económica, pero, practicada por los que ostentan calidad de funcionario del Estado, a tal grado que el sujeto activo tiene como condición inexcusable una circunstancia especial, derivada del cargo que le ha sido conferido con estrecha vinculación en el fondo público. Pero, la práctica y la modernización de la búsqueda de ausencia de persecución penal han volcado la trayectoria del usual sujeto activo hacia aquellos

⁸¹ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de inconstitucionalidad 53-2005/55-2005*.

⁸² Ley de Probidad (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2015).

individuos que no ostentan un vínculo directo con el Estado, pero que influyen en su corrupción.

La argumentación a favor de ampliar el margen de tutela del derecho penal, en aquellos casos cuando el interviniente no ostenta cualidad especial, se debe a la intolerancia de la impunidad frente a actuaciones que de forma directa –autor mediato, coautoría o autor directo- o de forma accesoria a la acción principal –modalidad de partícipes-, siguen vulnerando la administración pública. En El Salvador, ello impera en su máxima expresión, pues, a pesar de que hay delitos que atentan contra la administración pública regulados para sancionar a los particulares, a la luz del de la inaplicación -por desconocimiento o mala práctica judicial- de comunicar las cualidades especiales en delitos como el peculado -Art. 325 CP-, hacia los que se valieron de su ausencia de cualidad especial para alterar el fondo público, también es un límite de la misión socio-preventiva del derecho penal y, por derivación, una brecha a favor de la impunidad en desfavor de los derechos fundamentales sociales.

La corrupción, es en realidad un desfase en la evolución social del Estado salvadoreño; su ámbito de ejercicio ha ignorado la importancia de lo que el fondo público significa, a tal grado, que parte del problema es la incomprensión de la comunidad jurídicamente organizada sobre el grado de retraso en el acceso a derechos sociales, la pobreza y la desigualdad en oportunidades, que promueve la delincuencia económica ocasionada por agentes públicos⁸³.

En realidad, el análisis de la corrupción siempre se ha orientado a una teoría de la asociación diferencial y a otra de anomia. La primera, la describe como un actuar delincuenciales permitido según jerarquías sociales, donde el grupo de individuos que acceden a estos delitos son de un estatus elevado o están relacionados con cargos

⁸³ Burgos, “Cuello blanco y delito”, 74. El grado de intolerancia del delito, es proporcional al nivel de impacto inmediato que produzca. A partir de ello, la corrupción es diseminada y no se comprende la lesión supraindividual que produce, por lo tanto, su desconocimiento colectivo aporta a su impunidad. Ello también abona a la construcción de una figura del delincuente que no recibe el mismo reproche que el que comete delitos comunes como el robo agravado; la seriedad de esto es que la corrupción que un sujeto realiza atenta directamente contra las clases sociales más desfavorecidas.

públicos, en cambio, la segunda teoría defiende que la corrupción se debe a la crisis entre lo que la cultura le exige al sujeto activo y el acceso que tiene a fondos determinados, de tal modo que se adhiere la inclinación cultural y se soslayan los principios que rigen la institución para la cual sirve el sujeto activo⁸⁴.

En esa línea, pareciera que la jurisprudencia de la Sala de lo Penal⁸⁵ reconoce a la corrupción como un actuar delincencial de jerarquía institucional, al grado que a efectos penales ha sido taxativamente respetuosa con el principio de legalidad. Ello, porque el margen de tipicidad permitido por el art. 39 CP inhibe perseguir penalmente a los que estén fuera de una condición especial. De hecho, los delitos de esa índole cometidos por particulares serán sancionados siempre y cuando exista un tipo penal equiparable no especial. En reiterada jurisprudencia, la Sala de lo Penal ha sostenido postura sobre la relevancia que el principio de legalidad tiene en el Código Penal, soslayando expandir una interpretación desfavorable según los conceptos de las cualidades especiales que realiza la Convención Interamericana Contra la Corrupción, pese a su carácter de ley según el art. 144 inciso 1° CN.

En fin, cuatro características sitúan la gravedad de la delincuencia económica: i) Retoma aspectos previos al derecho penal, por ejemplo libre competencia, derecho financiero y tributario, administración pública; ii) Los delitos contra la corrupción, están repletos de aspectos normativos que dificultan su estudio; iii) El daño social que devengan es gravísimo, pero su solución a veces es meramente administrativa; y iv) Deja el derecho penal para los casos graves y habilita el derecho administrativo para los casos de menor interés⁸⁶.

Ahora bien, sin ánimo de profundizar en el tópico de la corrupción privada –la cual no es objeto de esta investigación–, se considera oportuno hacer una breve referencia a qué se entiende por tal fenómeno.

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación, Referencia: 22C2014* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015) y la *Sentencia de Casación, Referencia: 341C2017* (2019).

⁸⁶ Manuel A. Abanto Vásquez, “Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: Delitos contra la libre y leal competencia”. En *Apuntes de Derecho Penal Económico II* (Paraguay: USAID, 2013): 103-104.

2.1. La corrupción en el sector privado y delincuencia económica.

Como punto de partida, debe decirse que la corrupción privada, al igual que la corrupción pública, supone recibir, entregar u ofrecer un soborno, pero en lugar que sea a funcionarios, es a personas particulares en el sector privado⁸⁷; en términos simples, Carbajo Cascón la define como *“una desviación fraudulenta o abusiva de potestades de control y decisión en la empresa privada que genera conflictos de intereses dentro del sector privado y que, de forma refleja o indirecta, puede afectar también al interés general”*⁸⁸.

Igualmente, tal como refiere Nieto Martín, desde el punto de vista de la criminología, la corrupción en el sector privado trata de *“delitos cometidos por empleados y directivos, en el marco de la actividad empresarial, con la intención de beneficiarla”*⁸⁹; por ello, para ejemplificar de forma sencilla lo anterior, este autor expone un supuesto que permite facilitar la comprensión de la corrupción privada. Así, existirá tal flagelo en casos que:

Un administrador recibe una contraprestación indebida para que presione sobre los administradores a la hora de que elijan una determinada opción o el asesor externo que ha recibido una contraprestación y carga en su informe las tintas a favor de un

⁸⁷ De esa manera, se observa que la corrupción pública puede reflejarse en la corrupción privada, esta última supone corromper *“a particulares en el ámbito privado, situación admitida en múltiples ámbitos sociales y empresariales a través de diversas figuras tales como las comisiones, las cuales han sido paulatinamente prohibidas en muchos países del sistema anglosajón, pero aún son admitidas en otras partes del mundo. Este es el caso de Latinoamérica donde muchas personas frecuentemente son dobles agentes, ya que de una parte actúan como representantes del contratante y de otra reciben utilidades de los contratistas”*. Luis Felipe Henao Cardona y Carlos Guillermo Castro Cuenca, *Compliance: Prevención de la corrupción pública y privada* (Bogotá: Tirant lo Blanch, 2020), 306.

⁸⁸ Fernando Carbajo Cascón, “Corrupción en el Sector Privado (I): La corrupción privada y el derecho privado patrimonial”. *Iustitia*, número 10 (2012): 287, <http://revistas.ustabuca.edu.co/index.php/IUSTITIA/article/view/885>.

⁸⁹ Además, Nieto Martín reconduce dentro de la categoría de los delitos cometidos por empleados y directivos, supuestos como: *“delitos contra el medio ambiente, el abuso de información privilegiada, la estafa o incluso el tráfico de seres humanos, siempre que tenga que ver con la actividad de la empresa”*. Adán Nieto Martín, “Introducción al Derecho penal económico y de la empresa”. En *Derecho penal económico y de la empresa* (Madrid: Dykinson, 2018), 46.

determinado contratista. Igualmente pueden darse favorecimientos a través de la revelación de secretos⁹⁰.

Con lo anterior se advierte que la corrupción privada supone también una especie de compraventa, pero en lugar de que la compra y la venta sean sobre las funciones públicas, es sobre decisiones o funciones en el ámbito privado; se sitúa *ad exemplum*, una persona con interés privado en que su empresa sea la contratada, y por ello ofrece o entrega una dádiva o ventaja indebida a otra persona que es un directivo o administrador de otra empresa, para que este incida en el resto de los administradores de la empresa para otorgar el contrato al primer sujeto.

En tales contextos, no debe soslayarse que el derecho comercial también se rige por los principios de buena fe y lealtad comercial, los cuales se aplican a la mayoría de las transacciones económicas a nivel mundial, donde se involucran muchos Estados que propugnan tales principios. Por ello, las personas del sector empresarial deben dar cumplimiento a tales principios, donde se derivan normas éticas y morales en las prácticas comerciales, cuyo incumplimiento conlleva la mala fe y en consecuencia, se facilita que surjan actos de corrupción.

De hecho, para un sector de la doctrina, la inobservancia o violación al deber de buena fe, así como la falta a la confianza de una de las partes “*constituye un acto ilícito*”, lo cual podría derivar responsabilidad⁹¹; a ello se debe agregar que aquellos países donde se regulan tales conductas como delito tendrán que responder penalmente, entendiéndose dentro del marco de la criminalidad económica.

Por otra parte, debe decirse que a la delincuencia económica se le ha vinculado a partir de casos de delitos socioeconómicos que se realizan a través de una empresa; por ello, para un sector doctrinal se les ha llamado delitos de empresa; idea que parte, de acuerdo a la terminología adoptada por Sutherland en 1939, del concepto de “*White Collar Crime*” que se traduce a “delito de cuello blanco”, para

⁹⁰ Adán Nieto Martín, “Delitos de corrupción en los negocios”. En *Derecho penal económico y de la empresa* (Madrid: Dykinson, 2018), 439.

⁹¹ Ricardo de Ángel Yáguez, “Lealtad en el período precontractual”. En *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI, Tomo IV. Derecho privado* (Bogotá: Temis, 2010), 151-210.

describir la delincuencia cometida por personas de clase socio-económica alta en el marco de su ocupación⁹².

En tal sentido, fue Sutherland, por medio de su teoría de la asociación diferencial, quién señaló ese colectivo al que el sujeto pertenece, “*en la aparición de la delincuencia, en general, y la económica en particular*”⁹³; ello trasladado a los supuestos actuales, desde la perspectiva criminológica, los delincuentes de cuello blanco, que abarcan dos grupos importantes a señalar a efectos de esta investigación: el primero, que son los funcionarios que se aprovechan de su cargo público para delinquir, “*es delincuencia de cuello blanco contra la administración pública*”⁹⁴, y el segundo, referido a los empresarios con poder de decisión que delinquen dañando el orden socioeconómico.

Ahora bien, estos últimos constituyen a su vez delincuentes económicos que se encuentran en una empresa con “*una cultura desviada*”, bajo estrategias de neutralización. Y que, de igual manera, los sujetos que pertenecen a dicha empresa han ponderado los costes y beneficios que conlleva el actuar delictivo⁹⁵; sobre ello habrá que regresar posteriormente, a efecto de exponer las características del criminal económico en el contexto de la corrupción pública como modalidad de delincuencia económica.

Por otra parte, el derecho penal de la empresa es una rama especializada que ha desarrollado la doctrina del derecho penal, que acentúa el concepto de empresa, idea a la que se ve inmersa la “economía de mercado”, en la cual, las personas jurídicas tienen el rol principal e iniciativa empresarial⁹⁶.

Es así que los empresarios y las empresas pueden en algunos casos realizar actividades ilícitas y ambos, ya sea individual o colectivamente, en ciertos contextos,

⁹² Edwin H. Sutherland, *El problema del delito de cuello blanco*, traducido por Rosa del Olmo (Madrid: La Piqueta, 1999), 65.

⁹³ Nieto Martín, “Introducción al Derecho penal económico y de la empresa”, 42-44.

⁹⁴ María Acale Sánchez, “El Derecho penal, corrupción pública y la corrupción privada”, en *El Derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño* (La Habana: Unijuris, 2016), 227.

⁹⁵ Nieto Martín, “Introducción al Derecho penal económico y de la empresa”, 42-44.

⁹⁶ Acale Sánchez, “El Derecho penal, corrupción pública y la corrupción privada”, 225.

afectarán el orden socioeconómico en donde se sitúa dicha economía de mercado; de esa forma, pueden figurar acciones que afectan internamente a la empresa, como pueden ser los delitos societarios, pero también, la realización de conductas que afectan externamente a otras empresas, en sus “*relaciones hacia fuera*”, en las que se encuentran delitos como la Estafa, la Administración Fraudulenta, entre otros, trastocando el orden socioeconómico⁹⁷.

Debe aclararse que un sector doctrinal considera que el concepto que mejor engloba este fenómeno es el derecho penal económico, ya que su enunciado parte de la concepción del bien jurídico que se protege, donde se encuentran bienes supraindividuales⁹⁸, ello desde el punto de vista dogmático penal, donde se criminalizan las conductas relacionadas a la actividad económica y empresarial, pero su enfoque se sitúa en la protección del orden socioeconómico y los grupos de intereses que están circunscritos a este⁹⁹.

A la última postura descrita habrá que adherirse, dado que es la que mejor describe este fenómeno delincencial pues se acentúa desde la dogmática penal, mientras que, si lo que se pretende es describir o comprender este fenómeno desde el punto de vista criminológico, el derecho penal de la empresa se ocupa de su caracterización.

De igual manera, en ciertos contextos, los delincuentes económicos conllevan acciones giradas dentro del marco de la corrupción privada a la que se hizo referencia *supra*, lo que ha incidido que algunos países como España criminalicen

⁹⁷ *Ibíd.*, 226.

⁹⁸ Así, considera Nieto Martín, que los bienes jurídicos supraindividuales que caracterizan a este derecho penal económico pueden agruparse en dos sentidos: “*de un lado, las principales instituciones de nuestro modelo u orden económico (libre competencia, mercado bursátil, sistema crediticio, confianza en la información societaria, etc.) y, de otro, los mecanismos de intervención del Estado en la economía (Hacienda pública, Seguridad Social, subvenciones públicas, regulación del comercio exterior, etc.)*”. Nieto Martín, “Introducción al Derecho penal económico y de la empresa”, 47.

⁹⁹ David Carpio Briz, “Concepto y contexto del derecho penal económico”. En *Manual de Derecho penal económico y de empresa: Parte general y parte especial*, tomo 2 (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016).

de manera diferenciada este tipo de acciones¹⁰⁰, a partir del art. 286-bis del Código Penal español, bajo el epígrafe que engloba conductas relativas a la corrupción en el sector privado, denominado “*Delitos de corrupción en los negocios*”, puesto que la respuesta punitiva del Estado debe ser distinta para abordar este fenómeno.

Empero, a esta clase de corrupción –privada-, el legislador salvadoreño no la reconoce como figura delictiva autónoma, por lo que la delincuencia económica al intervenir en actos de corrupción resulta jurídico-penalmente relevante cuando está vinculada con la corrupción funcional en los supuestos de cohecho, o limitados a casos que supongan competencia desleal, u otros similares¹⁰¹.

Así, las acciones ilícitas cometidas por delincuentes económicos en algunos supuestos trascienden al ámbito penal, afectando a bienes jurídico-penales como por ejemplo el orden socioeconómico, cuyos titulares son los agentes que allí intervienen; pero los supuestos de corrupción privada no son calificados al tipo penal de cohecho regulado en el Código Penal salvadoreño, ni en otra figura delictiva autónoma que abarque a plenitud este fenómeno.

Lo anterior conduce a un escenario gris, ya que en el ámbito dogmático de la tipicidad de la conducta, las particularidades de la corrupción “privada” no son tomadas en consideración por el legislador salvadoreño, puesto que se fusiona en un solo tratamiento jurídico penal que verdaderamente merece dos fenómenos delictivos distintos: la corrupción pública y la corrupción privada, con lo cual, excluyen de criminalización varias conductas de corrupción que surgen y afectan al ámbito privado.

¹⁰⁰ El Código Penal español recoge la corrupción privada a partir de su art. 286 bis, bajo el *nomen iuris* “*Delitos de corrupción en los negocios*”. Esta disposición sanciona las conductas de los empresarios que reciben, soliciten o acepten dádivas para favorecer a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales. Código Penal de España (España: Congreso de los Diputados, 1995).

¹⁰¹ Código Penal de El Salvador, 1997), arts. 238 y 239. Sobre ello se debe aclarar que no se obvia la existencia de delitos autónomos donde la delincuencia económica converja como sujeto activo realizando conductas reprochables penalmente en perjuicio del orden socioeconómico; así, se tienen delitos como el de competencia desleal, desviación fraudulenta de clientela, entre otros.

En efecto, siguiendo a Acale Sánchez, en el ámbito de la economía del mercado, se encuentran dos tipos de flagelos de corrupción; por un lado, el que se sitúa en la administración pública, que requiere que se presente un funcionario o servidor público, y por otro lado, la corrupción materializada en el seno de la empresa privada, cuya actuación lesiona o pone en riesgo el orden socioeconómico, donde debe presentarse un sujeto que actúe por sí mismo o en nombre de una persona jurídica privada, actuando con bienes privados¹⁰². A continuación, habrá que detenerse en esa interrelación que se ha demarcado.

2.1.1. La interrelación entre la corrupción pública y privada, como manifestación de la delincuencia económica.

Existen dos tipos de flagelos que en ocasiones coinciden entre sí, la referida a la corrupción del sector público y la corrupción del ámbito privado que en ciertos escenarios se entrelazan; *ad exemplum*, una persona particular se le aproxime al funcionario público con el propósito de conseguir ventaja en el mercado frente a otras probables personas competidoras, valiéndose de medios ilícitos que en ocasiones merecen reproche penal por suponer hechos punibles¹⁰³.

De tal forma que, en la corrupción pública existen casos en que “*se superpongan, en simbiosis natural, los ámbitos público y privado*”¹⁰⁴, donde la delincuencia económica, generalmente organizada y a la vez transnacional, intensifican la afectación a la lesividad económica que conlleva la corrupción funcional. Visto de ese modo y como ya se expuso anteriormente, la corrupción pública puede surgir del particular cuando ofrece la dádiva al funcionario, y muchas veces este particular es un empresario que opera como delincuente económico a favor de su empresa, donde el particular paga un soborno a un funcionario, con el fin, por ejemplo, de adquirir bienes o servicios comerciales.

¹⁰² Acale Sánchez, “El Derecho penal, corrupción pública y la corrupción privada”, 228.

¹⁰³ Acale Sánchez, “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código Penal español”, 27.

¹⁰⁴ Terradillos Basoco, “Mercado y administración pública / Criminalidad económica y corrupción política”, 199.

En ese hilo de ideas, tal como ya lo apunta Terradillos Basoco, en este tipo de escenarios resulta factible afirmar que la corrupción es una modalidad de la delincuencia económica e incluso, generalmente, delincuencia organizada –a la que habrá de referirse más adelante-¹⁰⁵; de ello deriva que la delincuencia económica es la que se sirve de la criminalidad funcional, a la cual extiende sus tentáculos de corrupción en la administración pública para servirse a sus propósitos, instrumentalizándola.

Bajo esta línea de pensamiento, la corrupción pública está “*al servicio de la criminalidad económica transnacional organizada*” y viceversa¹⁰⁶, situada muchas veces a partir de pactos ilegales entre los empresarios y funcionarios públicos, por medio de la entrega de regalos o dádivas, a veces otorgados en atención a su cargo funcional o bien, a través de la financiación ilícita de partidos políticos para comprometer su relación y mantenerla en el tiempo, de manera tal que ambas partes se deberán favores de forma continuada en el tiempo¹⁰⁷.

Esta delincuencia económica arraigada en el seno de las empresas es la que ha merecido atención a los estudiosos de la criminología y su reconocimiento como figura delictiva autónoma en otros países donde se castiga la corrupción privada como se ha referido *supra*¹⁰⁸; pero ese carácter de delincuencia organizada se observa con mayor detenimiento en el marco de la corrupción transnacional.

En ese hilo de ideas, el criminal económico que actúa en el ámbito profesional empresarial generalmente forma parte de una estructura organizada, en la que se adoptan decisiones para inducir a constituir actividades corruptas, que se traducen a un precio que se evalúa como necesario, tomando en cuenta las ventajas

¹⁰⁵ *Ibíd.*, 194 y 213.

¹⁰⁶ En esa idea, afirma muy acertadamente Terradillos Basoco, la idea exponencial siguiente: “*la corrupción política es solo una modalidad de criminalidad económica, normalmente criminalidad organizada –una de cuyas consecuencias distintivas es la corrupción de las administraciones públicas a las que instrumentaliza–, las políticas preventivas no pueden limitarse a actuar sobre los instrumentos; han de hacerlo también sobre el modelo económico que impulsa su utilización espuria*”. *Ibíd.*, 213 y 218.

¹⁰⁷ Nieto Martín, “Corrupción en los negocios”, 416.

¹⁰⁸ Juan María Terradillos Basoco, “Corrupción política: Consideraciones político-criminales”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, número 1, (2017): 2.

económicas de realizar la actividad corrupta e ilícita¹⁰⁹. En el marco de la corrupción pública, lo anterior conlleva descomunales cuantías dinerarias que ingresan al mercado negro donde no existe control, y finalmente, en economías vulnerables se proyecta su circulación “en negro” por medio de los mercados no oficiales, mayor dinero que aquel que circula lícitamente, y su consecuencia es el trastoque del orden económico¹¹⁰.

De esa manera, como se puede advertir, en este contexto la corrupción pública se traduce en una manifestación o modalidad más de la delincuencia económica, en la que se sitúan personas físicas particulares que actúan muchas veces al amparo de una persona jurídica, que se sirven de la administración pública a través de la dádiva que ofrecen o entregan al funcionario público, para que éste realice a su favor el acto corrupto que permitirá tener ventajas desproporcionales frente a otras empresas que no se valen de medios ilícitos y corruptos.

En este tipo de contextos de corrupción, en las que participan delincuentes económicos que buscan al funcionario público para conseguir sus propósitos espurios -enlazando la corrupción pública con la corrupción privada-, pueden a su vez, en esta criminalidad económica, enmarcarse dos tipos personas que inciden en el fenómeno de la corrupción pública: *el empresario* que puede ser un directivo o un administrador de una empresa, y *la propia empresa*, es decir, la persona jurídica integrada de personas físicas que actúan en su seno para realizar este tipo de actividades ilícitas. Ambas personas, física y jurídica, merecen atención y examinarse a continuación, con el objetivo de dar a conocer sus incidencias en la corrupción pública como manifestación de la delincuencia económica, a ello se referirá en los siguientes *ítems*.

¹⁰⁹ Terradillos Basoco, “Mercado y administración pública / Criminalidad económica y corrupción política”, 200.

¹¹⁰ Acale Sánchez, “El Derecho penal, corrupción pública y la corrupción privada”, 232.

2.2. La participación de la persona física en la corrupción, como manifestación de la delincuencia económica.

El fenómeno de la corrupción pública ha superpuesto los intereses privados por encima de los intereses generales o públicos, y es allí donde se sitúa la oportunidad de comportamientos ilícitos y descarriados de los protagonistas que ostentan cargos públicos con poderes de decisión.

De esa forma, la instrumentalización torcida de las funciones públicas puede devenir directamente de los servidores públicos que en el ámbito de sus competencias, tienen un cargo en la administración pública que les permite representarla; empero, de igual manera, esa instrumentalización puede surgir por otro sujeto, una persona particular que es un *extraneus*, quien no tiene esa calidad funcional, dado que es una persona ajena a la administración, pero que utiliza como medio el soborno o las dádivas para conseguir el acto que le compete ejecutar al funcionario público; esta persona particular muchas veces es una persona privada que pretende o consigue obtener una interrelación económica ilícita con la administración pública¹¹¹.

Y es que, no se debe dejar de lado que la administración pública le compete también la materialización de actividades económicas, y ello causa interés a personas ajenas a la función pública, quienes versan sus objetivos en ventajas particulares, mayormente de tipo económicas. En efecto: “una parte importante de la actividad económica privada está relacionada con las actividades de las Administraciones públicas, por ejemplo, en las concesiones de obras y servicios públicos o en el suministro de bienes de equipo y en la prestación de servicios de muy distinta naturaleza a las instituciones públicas”¹¹².

Se deduce de lo anterior que personas que tienen intereses propios diversos a los gubernamentales, en muchas ocasiones utilizan o se sirven de las actividades económicas privadas relacionadas con actividades estatales para obtener

¹¹¹ Carbajo Cascón, “Corrupción en el Sector Privado (I): La corrupción privada y el derecho privado patrimonial”, 284.

¹¹² *Ibíd.*

concesiones a favor de las empresas que dirigen o representan, muchas veces esos sujetos resultan ser empresarios, son personas físicas que se valen de artilugios como las dádivas o sobornos que ofrecen, prometen o entregan a los funcionarios del Estado.

En tal sentido, a efectos de esta investigación, es importante delimitar a qué tipo de particular se hace referencia, cuando la lucha contra la corrupción de funcionario ya no resulta suficiente en los casos que la corrupción pública se ve reflejada en el sector privado.

2.2.1. La persona física como delincuente económico y como delincuente de cuello blanco. Referencia a sus distinciones.

Al enmarcarse la corrupción pública como una modalidad más de la criminalidad económica, la legislación penal también debe guiar esfuerzos sustanciales en sancionar adecuadamente este tipo de delincuencia; es decir, aquellas conductas de corrupción que surgen en el sector privado, generalmente materializadas por medio de los directivos o administradores de una persona jurídica, que propulsan la corrupción en la administración pública para lograr sus ventajas espurias en las que resulta favorecida su empresa, a este tipo de particular se merece especial atención en esta investigación.

En efecto, estas personas ajenas a la administración pública que ofrecen dádivas al funcionario para favorecer a su empresa pertenecen a una categoría particular que la doctrina ha denominado “*delincuente económico*”, o bien, en algunos supuestos, criminal “de *cuello blanco*”¹¹³.

Las características de este delincuente ajeno a la administración del cual se ha hecho mención no incluyen en principio la criminalidad patrimonial común, sino que se sitúa en aquellos espacios de obras públicas a gran escala, de privatización o concesiones de servicios públicos, de primera necesidad en algunos ámbitos de la

¹¹³ José Luis Díez Ripollés y Alejandra Gómez-Céspedes, “La corrupción urbanística: Estrategias de análisis”, *Revista española de investigación criminológica*, número 6 (2008): 3, <https://doi.org/10.46381/reic.v8i0.36>.

sociedad, entre otros¹¹⁴. Así, los propósitos de este delincuente económico son más que claros: obtener el mayor lucro a favor de su empresa y para él mismo, a costa de los intereses gubernamentales¹¹⁵.

Como es posible apreciar, se ha referido de forma indistinta al delincuente económico respecto del delincuente de cuello blanco, empero ello merece ciertas aclaraciones, dado que no todo delincuente de cuello blanco será delincuente económico, conforme a la doctrina actual a la que habrá que dedicar las siguientes líneas.

Como ya se apuntó anteriormente, fue Sutherland quien, en 1939, acuñó el concepto de delito de cuello blanco, concepto que en sus primicias ya se refería a la criminalidad económica, aunque debe decirse que dicha delincuencia fue situada partiendo de las características enfocadas en el autor y no propiamente al hecho criminal¹¹⁶. Este autor caracterizó al delincuente de cuello blanco como aquel que pertenece a una clase social alta, donde se sitúa el “*hombre de negocios*” -y también, “*las grandes corporaciones*”¹¹⁷, a las cuales se hará referencia *infra*-. En efecto, esa persona que describía Sutherland como delincuente “de cuello blanco”, es al que hoy pueden en principio, trasladarse algunas de sus acepciones a la descripción del delincuente económico.

Es así como, en sus orígenes, este autor consideró que las “*violaciones de la ley por parte de personas de la clase socioeconómica alta, son por conveniencia llamadas delitos de ‘cuello blanco’ [...que] puede definirse aproximadamente, como un delito cometido por una persona de respetabilidad y status social alto en el curso*

¹¹⁴ Juan María Terradillos Basoco, “Corrupción, globalización y derecho penal económico”, *Derecho PUCP*, número 74 (2015): 14 y 15.

¹¹⁵ Fernando Carbajo Cascón, “Corrupción en el Sector Privado (I): La corrupción privada y el derecho privado patrimonial”, 283.

¹¹⁶ Jorge Luis Barroso González, “Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México*, número 35 (2015), 99, <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/113/108>. Barroso González distingue dos tipos de acepciones que definen la criminalidad económica, una orientada al autor y otra orientada al hecho; en la primera se sitúa en su génesis a Sutherland, que se situaba en las características particulares del autor, y en la segunda, que parte del delito que se comete, es decir, enfocada al hecho, a las “*características empíricas del delito económico*”.

¹¹⁷ Sutherland, *El problema del delito de cuello blanco*, 108.

de su ocupación”¹¹⁸. En tal sentido, Sutherland al brindar la definición del delito de cuello blanco, también menciona las características de la persona que realiza este tipo de delito; de esa forma, separa la delincuencia común de la delincuencia de cuello blanco con tal distinción, sus características versan en personas que pertenecen a una clase honorable, con reputación social alto y en razón a la profesión que desempeña, lo que es una concepción genérica del delincuente de cuello blanco.

Sin embargo, en el contexto de esta investigación, este delincuente de cuello blanco no será concebido en el sentido amplio que menciona Sutherland, en el que se deba incluir a cualquier persona que tenga un estatus social alta; aunque algunas de tales características se presentarán, pero que esa amplitud, puede conllevar a que el funcionario público englobe también tal término¹¹⁹. En efecto, algunas de las características de esta concepción clásica de criminal de cuello blanco están presentes en los altos funcionarios, como puede ser su elevado estatus social en el marco de las funciones públicas que se le han confiado, en el ámbito de su ocupación.

Por ello es que se distinguen dos clases criminales de cuello blanco, el genérico que se entiende en sentido amplio como lo asentó Sutherland -que no siempre será equivalente al delincuente económico-, y el específico, donde el delincuente económico se sitúa como una especie que integra el género que es el delincuente

¹¹⁸ Sutherland, *El problema del delito de cuello blanco*, 65.

¹¹⁹ Ha de hacerse esta aclaración, debido que el delincuente “de cuello blanco”, descrito así en palabras de Sutherland, debiera incluir cualquier persona que tiene un sobresaliente estado social y además con grandes ingresos económicos, donde también pudieran incluirse altos funcionarios públicos dentro de esta definición, es decir, los funcionarios también pueden ser delincuentes de cuello blanco. Por ello puede vislumbrarse delincuentes de cuello blanco referidos al ámbito privado y delincuentes de cuello blanco en el que se sitúan en el ámbito público. En similar sentido lo refiere Acale Sánchez: “desde un punto de vista criminológico se trata de conductas llevadas a cabo por distintos delincuentes de cuello blanco, que es la categoría criminológica que los abraza. Así, los funcionarios públicos o autoridades que individualmente se involucran en acciones delictivas, sirviéndose del cargo público del que disponen es delincuencia de cuello blanco contra la administración pública, sobre todo. También son delincuentes de cuello blanco, los que, sin pertenecer al ámbito de la empresa, defraudan a la hacienda pública, o difunden información privilegiada, aunque no causen daño a la Administración pública sí que dañan al orden socioeconómico”. Acale Sánchez, “El Derecho penal, corrupción pública y la corrupción privada”, 227 y 228.

de cuello blanco, porque el criminal económico se delimita a una actividad específica, que es la empresarial de tipo mercantil. En tal sentido, tal como acertadamente lo expone Barroso González, se puede colegir que se estaría “*en presencia de un delincuente económico y a la vez de cuello blanco cuando converjan en dicha persona las características de pertenencia a una clase social alta, y cometa una infracción vinculada a su actividad profesional, siendo ésta de índole mercantil*”¹²⁰.

Acotado lo antes señalado, este delincuente de cuello blanco, aquí se entenderá generalmente como una persona física con alto estatus económico y social pero restringida su ocupación al ámbito privado -es decir, al sector empresarial-, que puede ser un directivo o administrador de una empresa, y excluye al resto de delincuentes de cuello blanco como pudieran ser los funcionarios. A este criminal del ámbito privado se le acuñará en esta investigación como “*delincuente de cuello blanco del sector privado*”, que se traslada al sentido de delincuente económico esbozado anteriormente, porque allí se origina, en el giro de su actividad empresarial y que puede afectar con su conducta el bien jurídico orden socioeconómico; aunque deberá aclararse, que no siempre esta persona física estará en un nivel económico alto, dado que no debe soslayarse que no se tiene un derecho penal de autor, sino un derecho penal de acto.

Este delincuente de cuello blanco del sector privado será entonces, el que comete transgresiones económicas, que pertenece al grupo genérico de delincuente de cuello blanco, grupo en donde “*las dos terceras partes [...] son propietarios o directores de empresas*” y en consecuencia, la criminalidad económica “*es una especie de la de cuello blanco, cifrándose el carácter especial de la primera en que la actividad profesional consiste, precisamente, en una actividad de índole*

¹²⁰ Asimismo, este autor apunta de forma atinada que “*un delincuente de cuello blanco no necesariamente es también un delincuente económico, y viceversa. Ello se colige de la posibilidad cierta de que un individuo perteneciente a una clase social alta cometa una infracción vinculada a su actividad profesional, pero ésta no sea atentatoria contra la economía a la luz de los conceptos de delito económico ya abordados. Podríamos estar en presencia, en tal caso, de delitos funcionariales, relativos a la corrupción, y no contra la economía propiamente dicha*”. Barroso González, “Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica”, 103.

*mercantil*¹²¹, donde su punto de anclaje entre ambas delincuencias –económica y cuello blanco- será, cuando en una misma persona se encuentren presentes las particularidades de que pertenezca a un estatus social alto y que realice una violación en el ámbito de su quehacer profesional, de naturaleza mercantil.

En conclusión, en lo sucesivo, cuando se haga referencia al delincuente económico en sinónimo del delincuente de cuello blanco, se entenderá restringido al ámbito privado tal como se expuso *supra*, es decir, al que se ha denominado aquí como criminal o delincuente de cuello blanco *del sector privado*.

A pesar de lo anterior, no debe obviarse que el delincuente económico -referido a aquel que ejecuta un hecho contra el orden económico, cuyo ámbito es el giro mercantil-, no siempre integrará a un grupo social de alto prestigio, pero con sus actos puede trastocar la economía¹²². Igualmente, el delincuente económico podría situarse también en los ámbitos que aquí se puede etiquetar como “*pequeña corrupción*”; es decir, que pueden situarse empresarios que se avocan a funcionarios públicos que no tienen una alta jerarquía, pero que tienen poder de decisión: respecto por ejemplo, en los casos de contrataciones de obras públicas de menor escala, pero que otorgadas de manera reiterada y sostenida en el tiempo, al visualizarse el mapa en su conjunto, sí que puede verse trastocado el orden socioeconómico.

Se puede colegir que el delincuente de cuello blanco del sector o ámbito privado, se trata de una persona física que actúa al amparo de una persona jurídica, enmarcada su ocupación en el ámbito mercantil, el cual en el contexto de la corrupción pública, se acerca al funcionario público para ofrecerle la dádiva –o a la inversa: el funcionario se le acerca a este empresario para solicitarle dicha dádiva-, a fin de obtener del funcionario, la ejecución de un acto en el giro de sus funciones, acto que no le corresponde, en beneficio de su empresa.

¹²¹ *Ibíd.*

¹²² *Ibíd.*

Cabe agregar un ejemplo que se sitúa en la modalidad de contratación a través de la LACAP; en esos casos, participa un funcionario encargado de un servicio público, se utiliza como medio ilegítimo una aplicación antojadiza de las normas reguladoras de procedimientos de licitación –LACAP, para el caso- y a partir de ellas, se otorga un beneficio a un tercero persona jurídica -*extraneus*-, recibiendo o no contraprestación. Estas actuaciones que de forma indirecta repercuten en la libertad económica, han sido objeto de análisis jurisprudencial por la Sala de lo Penal. De hecho, la Sala ha optado por crear un análisis previo del adecuado proceso de licitación –por ejemplo- y a partir del identificar los rasgos anómalos para brindarlo a una persona jurídica determinada¹²³.

Aclarado lo antes mencionado, conviene afirmar lo siguiente: para combatir adecuadamente la corrupción pública como manifestación de la delincuencia económica, no será suficiente prevenir y sancionar al delincuente funcional, sino que también debe vislumbrarse al delincuente de cuello blanco del sector privado, es decir, al delincuente económico, que en muchas ocasiones se une en el ciclo de la corrupción para materializar sus prácticas corruptas prolongadas, las que se convierten en algunos casos en relaciones con carácter de permanencia. Por ello, incluso la doctrina se refiere a dichas relaciones como una red de criminales organizados, cuyas actuaciones se mueven a partir de un acuerdo que les antecede, y que al estar ya distribuidas las funciones que a cada uno corresponde, todos tienen un dominio funcional del hecho¹²⁴.

Es así como al advertirse un hecho injusto de corrupción donde convergen ambos tipos de criminalidad, deben investigarse a ambos delincuentes, tanto al criminal funcional como al criminal económico, aunque sus conductas se califiquen de forma separada y autónoma, en vista que una no depende de la otra para su

¹²³ Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación, Referencia: 167C2016* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017). La Sala de lo Penal conoció en esa oportunidad el proceso mediante el cual se condenó por Peculado y Actos Arbitrarios al ex alcalde de la Alcaldía Municipal de El Carmen, en el departamento de la Unión. En esa resolución, se sostiene la forma inconsistente en los procesos de licitación que condujeron a que, con fondos del Estado, se beneficiara a una determinada persona jurídica, soslayando cualquier límite impuesto por la LACAP y sus procedimientos.

¹²⁴ Acale Sánchez, “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código Penal español”, 28.

existencia, pero que, para desmarañar la referida red criminal, es necesario vislumbrar y sancionar las conductas de ambos sujetos que convergen en un mismo hecho de corrupción¹²⁵.

2.2.2. Particularidades del delincuente económico o de cuello blanco del sector privado.

La persona particular que entrega el soborno -que es la persona física-, se ha descrito que es un delincuente de cuello blanco en el sector privado o delincuente económico, quien se mueve en el giro de su actividad profesional dentro de la empresa, a la postre de las ventajas económicas que le puede conllevar el acto corrupto que espera obtener del funcionario a quién le ofrece o entrega la dádiva¹²⁶.

En ese contexto, es factible señalar que estos delincuentes empresarios actúan para beneficiar a sus empresas, con la supuesta justificante “*técnica de neutralización*”¹²⁷, que parte de la idea de que el empresario necesita sobornar al funcionario para conseguir ventaja en el mercado frente a otros. Bajo tales argumentos, los empresarios acuñan al soborno como una necesidad para ingresar al negocio, porque otros empresarios también compran la función pública¹²⁸, lo que deviene en multiplicar los actos de corrupción.

Es así que, este empresario incluye en sus estrategias el pago de la corrupción al funcionario para obtener el ingreso o la preferencia de su empresa, para que se le conceda ese contrato a favor de su empresa; “como buen empresario”, el soborno forma parte de sus estrategias competitivas ilícitas, frente a las cuales se sitúan los

¹²⁵ Terradillos Basoco, “Corrupción, globalización y derecho penal económico”, 14 y 15. En efecto, la corrupción encarnada en el crimen que mejor le engloba, que es el cohecho, contiene dos rostros a saber: el que entrega el soborno y el que recibe el soborno.

¹²⁶ *Ibíd.*

¹²⁷ Según refiere Nieto Martín, la “técnica de neutralización” es lo que los criminólogos han denominado a los argumentos empresariales como “*no me queda otro remedio, si quiero hacer negocios en el país A, tengo que pasar por el aro y sobornar como hace todo el mundo*”. Nieto Martín, “La privatización de la lucha contra la corrupción”, 59.

¹²⁸ A ello se le suma el criterio del denominado “*efecto resaca*”, que implica que el delincuente socioeconómico observa que quien delinque primero, conlleva necesariamente que sus empresarios competidores también delincan, como un efecto de reacción en cadena, que es la raíz de la corrupción pública en este tipo de supuestos. Terradillos Basoco, “Corrupción política: Consideraciones político-criminales”, 3.

empresarios que no sobornan, siendo estos últimos los que se mantienen al margen del ciclo de la corrupción pública, quienes no tienen oportunidad real de competir, dejando como ganador al empresario desleal que invierte en el soborno para obtener la ventaja a favor de su empresa¹²⁹, así se va trastocando el orden socioeconómico.

En ese hilo de pensamiento, la persona física ajena a la administración en este ámbito es un empresario con poder de decisión, generalmente con el cargo de directivo en una empresa, que a la vez se aprovecha de vacíos legales y de los defectos de la organización de la empresa que integra, situándose en una empresa con “*una cultura desviada*”, bajo estrategias de neutralización. Se trata de personas que pertenecen a dicha empresa y que han ponderado los costes y beneficios que conllevan del actuar delictivo¹³⁰, decantándose por esta última.

Apuntada así la participación de la persona física en el ciclo de la corrupción pública como manifestación de la delincuencia económica, es necesario también vislumbrar la incidencia que tiene la persona jurídica donde se sitúan las conductas desviadas por aquellas personas físicas que la integran y que detentan cargos de poder y de decisión en las empresas privadas, llámense directivos, administradores, apoderados, gerentes, directores y otros similares¹³¹, además de examinar su actividad o pasividad en los actos delictivos que las personas físicas cometen en su nombre, representación y en su beneficio, en el ámbito de la compraventa de la administración pública.

2.3. La participación de la persona jurídica en la corrupción, como manifestación de la delincuencia económica.

De manera introductoria, se considera importante mencionar que en El Salvador, algunos autores afirman que no se regula la responsabilidad penal de la persona

¹²⁹ Terradillos Basoco, “Mercado y administración pública / Criminalidad económica y corrupción política”, 220.

¹³⁰ Nieto Martín, “Introducción al Derecho penal económico y de la empresa”, 42-44.

¹³¹ Carbajo Cascón, “Corrupción en el Sector Privado (I): La corrupción privada y el derecho privado patrimonial”, 286.

jurídica¹³², dado que consideran que la normativa jurídico-penal se rige por el principio *societas not post delinquere*¹³³, lo que supone que las personas jurídicas no pueden delinquir. Sin embargo, lo anterior no resulta del todo infalible, dado que, al confrontar el CPP, ello releva de manera incipiente una posible conclusión distinta, puesto que en tal normativa se establece que la comisión de un hecho delictivo se puede atribuir a una persona jurídica.

En tal sentido, conforme al art. 80.3 CPP¹³⁴, a las personas jurídicas se les puede atribuir la comisión de delitos, en cuyo caso, el hecho propio de la entidad jurídica, se traslada a las personas físicas que acordaron o ejecutaron el hecho criminal, estos generalmente son empresarios, directivos, administradores, representantes de la persona jurídica, quienes conllevan la carga punitiva como destinatarios de la sanción penal.

Igualmente, la normativa procesal penal debiera establecer con especificidad o claridad, que la calidad de imputado se impone también a las personas jurídicas, ello tomando en cuenta que el art. 80.3 CPP señala lo siguiente: “[c]uando la comisión de un hecho delictivo se atribuyere a persona jurídica, tendrán la calidad de imputados las personas que acordaron o ejecutaron el hecho punible”¹³⁵; con ello

¹³² En esa idea se postula Portillo, quien refiere lo siguiente: “Como criterio mayoritariamente aceptado, una persona o entidad jurídica no puede ser responsable de los delitos previstos en el Código Penal, por el momento no se puede dirigir una imputación contra ese ente abstracto, pero sí se puede perseguir a sus integrantes o directores cuando se presume que han actuado por la entidad, por supuesto, la investigación debe ser capaz de delimitar todas las formalidades previstas para la toma de decisiones que desde la legislación civil, mercantil, tributaria y bancaria se contemplen. Se ha venido discutiendo desde hace algún tiempo esta posibilidad más allá de que también desde la legislación penal económica y fiscal se ha introducido la sancionabilidad a estas personas jurídicas, de lo que se trata es que estas sufran las consecuencias del obrar ilícito de sus órganos de gobierno corporativo, lo que surge del mismo carácter de su organización”. Milton Alexander Portillo, “Arts. 80 al 89”. En *Código Procesal Penal Comentado*, vol. 1 (El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2018), 402-434.

¹³³ Cf. Hazel Jazmín Bolaños Vásquez, “La responsabilidad de las personas jurídicas en El Salvador”. En *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*, (Pamplona: Aranzadi, 2015), 203; y Lenin Stalin Vladimir González Benítez, *La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en El Salvador. El caso de España, como parámetro de referencia*, tesis de maestría en derecho penal económico (San Salvador, 2020), 40.

¹³⁴ Código Procesal Penal (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009).

¹³⁵ Código Procesal Penal, art. 80.3.

se advierte que el legislador no distingue que esa persona imputada sea física o jurídica.

En tal sentido, se debe recordar que las personas jurídicas actúan a través de sus integrantes puesto que funcionan como órganos corporativos, de esa forma, sus actos se vinculan con las acciones de las personas físicas que integran sus órganos de administración y a través de ellas se acuerdan o ejecutan las decisiones, donde puede incluirse el acto de corrupción.

No obstante, la legislación penal salvadoreña no establece un sistema de sanciones penales para la persona jurídica; por tanto, a pesar de que esta disposición procesal conlleva la posibilidad de que se desarrolle la responsabilidad penal de la persona jurídica, aún no se cuenta con la normativa adecuada para su represión y ello constituye una restricción legal para sancionar penalmente a las personas jurídicas por el delito de peculado que cometan.

Derivado de lo argumentado, se observa que la normativa penal establece estas referencias en cuanto a la atribución a la persona jurídica por el cometimiento de un delito, y ello conlleva a cimentar una responsabilidad penal de la persona jurídica en El Salvador; empero, dado que no tiene un mayor tratamiento en la legislación penal para su represión, por ello actualmente, se encuentra en estudio un proyecto de ley para desarrollar la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos¹³⁶.

Apuntado lo anterior, sin ánimo de profundizar en las tesis que defienden o desacreditan el reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica

¹³⁶ Lo anterior se afirma en vista que se cuenta con un proyecto de Ley sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas por la Comisión de Delitos, el cual, aparentemente establece responsabilidad penal de la persona jurídica por delitos que cometan personas físicas en su nombre o por su cuenta y en su beneficio o el de un tercero, siguiéndose aparentemente el modelo de heteroresponsabilidad. Este proyecto aún no se ha presentado ante la Asamblea Legislativa y de momento se encuentra en evaluación por la Secretaría de Gestión Legal de la Presidencia de la República. Lenin Stalin Vladimir González Benítez, *La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en El Salvador. El caso de España, como parámetro de referencia*, tesis de maestría en Derecho Penal Económico (San Salvador: Universidad Internacional de la Rioja, 2020), 57-58.

en El Salvador -ya que ello supera las expectativas de esta investigación-, se considera oportuno mencionar, algunos postulados doctrinales extranjeros sobre la viabilidad o no de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que son dispares al pronunciarse sobre ello, pero que tienen incidencia en cuanto a relacionar la participación de las personas jurídicas en actos de corrupción.

2.3.1 De la responsabilidad de la persona jurídica por su participación en actos de corrupción.

Como se señaló *supra*, la doctrina extranjera no ha sido unánime en cuanto a defender o contraponerse en reconocer la responsabilidad penal de la persona jurídica. Como primer ejemplo de lo antes acotado, uno de los mayores detractores es Gracia Martín, quien tuvo una postura muy clara al respecto. Para este autor, las personas jurídicas “*sólo pueden actuar a través de sus órganos y representantes, es decir, de personas físicas, que son siempre y necesariamente los sujetos de la acción*”¹³⁷, y por tanto, no tienen capacidad para realizar una conducta típica antijurídica y culpable.

Por otra parte, como segundo ejemplo, se presentan los autores a favor de la responsabilidad penal de la persona jurídica, donde se encuentra Nieto Martín, quien ha hecho referencia a una de las tendencias criminológicas que permite aproximarse a la delincuencia económica a partir de la persona jurídica, referida al “*corporate crime*” o “*delito corporativo*”¹³⁸, en el que surge la atención en que el hecho criminal se materializa en el interior de una persona jurídica y se realiza en su beneficio.

Antecedente de lo anterior, en sus primicias, Sutherland partió de su tesis de la asociación diferencial, que se refiere a que la “*conducta delictiva se aprende en asociación con aquellos que definen esa conducta favorablemente y en aislamiento*

¹³⁷ Luis Gracia Martín, “La doctrina de la responsabilidad ‘penal’ de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas, y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura”, *Revista Foro FICP*, número 2014-2, (2014): 70.

¹³⁸ Nieto Martín, “Introducción al Derecho penal económico y de la empresa”, 41.

*de aquellos que la definen desfavorablemente*¹³⁹; lo relevante de lo antes señalado, es que Sutherland resalta la importancia que tiene el tipo de colectivo al que se integra una persona física, en cuanto a que surja, -particularmente la delincuencia económica-, a partir de una conducta desviada, cuyo génesis es el aprendizaje por parte de una persona física que se integra con otras personas quienes -bajo otra tesis referida *al análisis económico del derecho*-, igualmente, se ocupó de analizar la violación de la ley por parte de las personas jurídicas, de la que se coligen las responsabilidades de las decisiones en la política de las mismas, evaluaron los costos y beneficios que derivan del delito. Es así como, se observan diversas teorías que coadyuvan a explicar el surgimiento de una cultura desviada en las empresas o personas jurídicas.

En ese hilo de ideas, el grupo al que pertenecen estos individuos que conforman la persona jurídica, terminan sopesando los beneficios y se decantan por preferir la conducta criminal que es aceptada de forma conjunta con los integrantes de la persona jurídica, que permite que la consideren "*racional*". De modo que, en las decisiones que se toman grupalmente, se da "*un proceso de despersonalización*", donde cada individuo deja de lado las posturas morales que le impedían probablemente delinquir, se tiene pues, el surgimiento de una cultura desviada en una persona jurídica, que se vincula, probablemente en carencias éticas de sus altos directivos¹⁴⁰.

A ello se le suman las técnicas de neutralización que aplica ese colectivo, que se apareja con la tesis de Sutherland de la asociación diferencial, puesto que las personas que integran la empresa se acorazan bajo técnicas que neutralizan sus patrones morales o culturales, encontrando justificaciones de su actuar delictivo. Es allí cuando se sitúa la conducta desviada, donde la persona niega su responsabilidad criminal y ello le permite tener su conciencia libre de culpas, aprovechándose de oportunidades que surgen en este contexto para delinquir; esa

¹³⁹ En este apartado fue Álvarez-Uría quien cita directamente a Sutherland. Fernando Álvarez-Uría, *prólogo* al libro de Edwin H. Sutherland, *El problema del delito de cuello blanco*, 277.

¹⁴⁰ Nieto Martín, "Introducción al Derecho penal económico y de la empresa", 42-44.

es la tesis de *la oportunidad*, la que expone que la práctica delictiva surge del aumento de oportunidades de comisión de delitos que se presentan a sujetos motivados en espacios que no se ejercen controles suficientes¹⁴¹, controles que debiera ejercer la persona jurídica.

En tal sentido, y siendo que las personas jurídicas se encuentran integradas por pluralidad de personas físicas, si estas han optado por cometer el delito en el interior y en beneficio de la empresa, otras personas físicas que se le unan aprenderán sobre dicha conducta y la acogerán. En efecto, estos individuos pertenecerán a un colectivo con una cultura desviada y si a ello se le suma la inexistencia de medidas de control de riesgos criminales, se tendrá así a una persona jurídica incapaz de prevenir esas conductas desviadas, y probablemente no sea una empresa incapaz, sino que en realidad tiene interés en verse beneficiada y participa en el delito por medio de su misma inactividad de ejercer un control y vigilancia eficaz sobre los individuos que la integran.

Es aquí donde cobra la necesidad e importancia de implementar en las personas jurídicas, los llamados “*compliance programs*” o “*programas de cumplimiento*”¹⁴², las que, en principio, pretenden evitar que la empresa sea sancionada penal y civilmente por delitos que cometan las personas físicas que la integran que actúan en su nombre y representación. De esa manera, desde hace varios años inició el *compliance* “*como un sistema para el cumplimiento del ordenamiento jurídico y la ética corporativa*”, muy utilizado en el sistema anglosajón para prevenir delitos y,

¹⁴¹ Nieto Martín, “Introducción al Derecho penal económico y de la empresa”, 42. En tal sentido, las técnicas de neutralización sirven al delincuente económico para justificarse y sopesar la culpa de cometer delitos; así, niega su responsabilidad bajo justificaciones llanas como “*me vi obligado a hacerlo, porque fue una orden dentro de la empresa*”, “*era la práctica común*”, “*el daño que realiza a la víctima (los accidentes laborales se producen la mayoría de los casos por la imprudencia del trabajador)*”, “*la conveniencia o racionalidad de la ley (la presión fiscal es excesiva y no nos permite competir)*” o “*la apelación a lealtades superiores (debía incrementar las ventas de la empresa y salvar así cientos de puestos de trabajo)*”.

¹⁴² Silvina Bacigalupo, Bernardo José Feijoo Sánchez y Juan Ignacio Echano Basaldúa. *Estudios de Derecho Penal: Homenaje al profesor Miguel Bajo* (España: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016), 144. En cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas es necesario priorizar los programas de cumplimiento, los cuales podrían ser tomados en cuenta al momento de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas y así construir un concepto de culpabilidad empresarial. Un sector doctrinal ha afirmado que los programas de cumplimiento efectivo debían funcionar como formas para excluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

además, conlleva a cimentar la ética en la empresa y la “autorregulación” de las personas jurídicas como una de las mejores maneras funcionales para combatir la corrupción¹⁴³.

Dicho lo anterior, sin ánimo de analizar extensivamente los modelos de responsabilidad de la persona jurídica, se debe mencionar brevemente que la doctrina mayoritaria refiere dos tipos de modelos de responsabilidad: la primera relacionada al modelo de heterorresponsabilidad penal, y la segunda en cuanto al modelo de autorresponsabilidad penal.

El modelo de heterorresponsabilidad penal está referida a la “*la responsabilidad por hecho ajeno*”¹⁴⁴, que basa su tesis en el sistema vicarial, el cual, consiste en un efecto reflejo, donde la persona jurídica responderá penalmente cuando se constata que ha participado, *ad exemplum*, un directivo o representante de la persona jurídica en la comisión de un delito actuando en nombre y representación de la persona jurídica, transfiriéndole la responsabilidad a la persona jurídica¹⁴⁵.

Este modelo ha sido duramente criticado por la doctrina, por considerarse que se viola el principio de responsabilidad objetiva y culpabilidad¹⁴⁶. Ahora bien, en el modelo de autorresponsabilidad penal, se requiere un “hecho de conexión”, que constituye “la conducta típica y antijurídica de la persona física, que actúa en nombre y por cuenta de la persona jurídica, se traspasa a la persona jurídica constituyendo de ese modo su ‘injusto personal’ mientras que la culpabilidad la hacen descansar en el ‘defecto de la organización’”¹⁴⁷.

¹⁴³ Henao Cardona y Castro Cuenca, *Compliance: Prevención de la corrupción pública y privada*.

¹⁴⁴ Alfonso Galán Muñoz, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017).

¹⁴⁵ Ángel Juanes Peces, “Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Consideraciones generales y problemas sustantivos y procesales que dicha responsabilidad suscita”, en *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas* (Madrid: Francis Lefebvre, 2015), 8 y 9.

¹⁴⁶ El sistema vicarial ha sido criticado como un tipo de responsabilidad objetiva la cual se prohíbe en el derecho penal, porque entiende la transferencia de la responsabilidad de las personas físicas a las personas jurídicas; debe decirse que en El Salvador, también está prohibida la responsabilidad objetiva, conforme al art. 4.2 CP.

¹⁴⁷ Pablo González Sierra, *La imputación penal de las personas jurídicas: Análisis del art. 31 bis CP* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014), 201.

De hecho, Tiedemann acuñó la idea de que la culpabilidad de la persona jurídica se sitúa en una culpabilidad por defecto de organización, y que la imputación descansa en el hecho de conexión, en el cual, la persona jurídica es culpable si omitió adoptar las medidas de cuidado para evitar el delito de la actividad de la empresa. Es así como se ubica un deber de garantía en la persona jurídica, donde el injusto propio se vincula a la capacidad de funcionamiento o de organización, de manera que al infringirse su deber de garantía en prevenir o evitar la realización de delitos en su seno sería responsable penalmente, exceptuando los casos imprevisibles o aquellos que no son evitables, que no estén vinculados a un defecto de organización en la persona jurídica¹⁴⁸.

Acotado lo anterior, siempre en la línea del modelo de autorresponsabilidad de la persona jurídica, De la Cuesta Arzamendi considera que el defecto de la organización es en el que debe recaer el injusto personal de la persona jurídica, y por ello, su responsabilidad penal se sitúa cuando, además de tener la capacidad de autoorganizarse y de funcionamiento, previsiblemente podía evitar la comisión del delito de la persona física, donde se ha omitido: *“la cultura de cumplimiento de la legalidad”* que le es exigido a la persona jurídica, y por tanto la responsabilidad le recae *“cuando a la infracción del mencionado deber por parte de la entidad pueda objetivamente imputarse la comisión por las personas físicas contempladas de alguno de los hechos delictivos específicamente previstos, en el marco de sus actividades sociales”*¹⁴⁹.

Por otra parte, situada la atención en esa persona jurídica, ha de decirse que el reconocimiento de la participación de la persona jurídica en el ciclo de la corrupción pública, debiera situarse a la postre de la tesis del delito corporativo, que permita identificar con claridad los hechos atribuibles a una persona jurídica y a la persona física, se debe situar el anclaje que podría vislumbrarse en el ciclo de la corrupción

¹⁴⁸ José Luis de la Cuesta, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, *Revista Penal México*, número 5, (2013): 22, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4969862&orden=0&info=link>.

¹⁴⁹ *Ibíd.*

pública, cuyas actuaciones no solo afecten intereses públicos, sino que pueden trastocar el orden socioeconómico.

En tal contexto la persona jurídica tiene a su disposición, en principio, el uso de mecanismos legales para obtener a su favor, por ejemplo, una contratación o adjudicación de obras públicas sin necesidad de acudir al soborno; de hecho, el art. 234 CN refiere que el Estado puede celebrar contratos para realizar obras o adquirir bienes muebles, sometidos a los procesos de ley¹⁵⁰. Asimismo, en el art. 102.1 Cn. también reconoce y garantiza la libertad de la empresa como modo legítimo para adquirir riqueza¹⁵¹, con el límite de que el ejercicio de la libertad de empresa “no puede ir encaminado a afectar los bienes jurídicos de otros ciudadanos o atentar contra la sociedad en general”¹⁵².

Este derecho fundamental es una manifestación de la libertad general, que permite hacer o no hacer sin que sea obligado o impedido para ello –libertad negativa- pero también crea la posibilidad real de dirigir la voluntad hacia fines determinado, sin las limitaciones de la voluntad ajena –libertad positiva-¹⁵³. A partir de lo anterior, es que nuestro ordenamiento jurídico reconoce la libertad económica como la que “recalca la existencia de un derecho general de libertad de las personas, sino que, además, reconoce a éstas un derecho de libertad en lo propiamente económico, es decir, reconoce la llamada libre iniciativa privada, en donde el Estado es garante que las personas puedan dedicarse a la actividad económica que más les plazca”¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Constitución de El Salvador, art. 234: “Cuando el Estado tenga que celebrar contratos para realizar obras o adquirir bienes muebles en que hayan de comprometerse fondos o bienes públicos, deberán someterse dichas obras o suministros a licitación pública excepto en los casos determinados por la ley. [...] No se celebrarán contratos en que la decisión, en caso de controversia, corresponda a tribunales de un Estado extranjero. [...] Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplicará a las Municipalidades”.

¹⁵¹ De conformidad al artículo 102.1 CN, “[s]e reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada en función social”.

¹⁵² Martín Alexander Martínez Osorio, “La extinción de dominio es constitucional. (Análisis de algunos puntos relevantes de la sentencia 146-2014/107-2017 emitida por la Sala de lo Constitucional)”, *Revista de Derecho Constitucional*, número 109 (2018): 29, <https://www.jurisprudencia.gob.sv/web/lj/RevCN/REV109SCon4to2018.pdf>.

¹⁵³ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de inconstitucionalidad, Referencia: 17-95* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1995).

¹⁵⁴ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad 2-92*.

Debido a lo anterior, existe libertad económica cuando funcionen sin obstáculos las etapas siguientes: i) Una estrechamente ligada a la producción de bienes y servicios para el beneficio humano; ii) La posibilidad de distribuir tales bienes y servicios, en la forma, cantidad y modalidad que sean requeridos; y iii) Que se permita el consumo, utilización y disfrute del bien y servicios de las anteriores etapas. Así, el Estado debe prohibir las prácticas individuales o colectivas que atenten contra ese sistema, pero también, le es exigible prohibir para su beneficio un monopolio determinado en cualquiera de esas etapas¹⁵⁵.

Pero en ocasiones, ciertas personas jurídicas con una cultura desviada, conformadas por esos individuos que evaluaron los costos y beneficios de optar a medios ilegales, preferirán no asumir el riesgo de no ser la ganadora en una licitación como modo legítimo de ser la empresa contratada y acudirán a la dádiva, frente a sus pares competidores que no acuden al soborno.

Es así como muchas veces puede vislumbrarse bajo la *tesis de la tensión*, que se presenta un conflicto para el grupo de individuos que integran esta persona jurídica, entre el uso de los medios legales y los fines que se quiere obtener a favor de la empresa para que sea, por ejemplo, la contratada para brindar ese servicio estatal, frente a otras empresas que compiten por ese mismo contrato.

De este modo se crea una tensión, “*por ejemplo: la aparición de mayor competencia puede llevar a empresas que antes actuaban prácticamente en un régimen de monopolio adopten prácticas ilícitas como la corrupción para conseguir mantener su cuota de mercado*”¹⁵⁶; y de tal forma que, las personas jurídicas por medios de sus directivos, administradores, entre otros, se valen del soborno para beneficiarse del acto corrupto que se espera realice el funcionario público.

Es así como en muchas ocasiones y ante la dificultad de alcanzar por las vías legales una contratación o actuación, la persona jurídica que busque ser beneficiada de un acto o contrato público, se acercará al funcionario público por medio de una

¹⁵⁵ *Ibíd.*

¹⁵⁶ Nieto Martín, “Introducción al Derecho penal económico y de la empresa”, 43.

persona física que actúa a su amparo y para su beneficio, en busca del camino fácil, valiéndose de dádivas que ofrecerá o entregará al funcionario público.

A pesar de lo anterior, en el ordenamiento jurídico-penal salvadoreño, esa participación de la persona jurídica en el acto de corrupción, en el que media ese pacto con el funcionario público a través de una persona física como manifestación de la delincuencia económica, no le merece sanción penal alguna¹⁵⁷, dado que no existe un sistema de sanciones penales para personas jurídicas. Empero, en el ámbito civil, sí que tiene que responder solidariamente la persona jurídica por los actos que realicen estas personas físicas en su nombre o representación, bajo la figura de “actuar en el lugar de otro”¹⁵⁸, puesto que el CP establece un sistema de sanciones civiles para la persona jurídica, atribuible a través del actuar por otro, a ello debe referirse brevemente a continuación.

2.3.2 De la responsabilidad civil de la persona jurídica por su participación en actos de corrupción y la cláusula penal “actuar por otro”.

La cláusula del “actuar por otro”¹⁵⁹, o lo que es correcto, “actuar en el lugar de otro”, surgió encaminada a responsabilizar penalmente a las personas físicas que, en casos de delitos especiales propios, no detentan la cualidad o condición especial

¹⁵⁷ La ausencia del desarrollo de un sistema de sanciones penales para las personas jurídicas en el ámbito jurídico penal salvadoreño, conlleva cuestionamientos que plantean ciertos sectores de la comunidad jurídica que se decanta por considerar que el CP no reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas; empero ello no resulta del todo clarificado, en vista de lo apuntado anteriormente de lo señalado en el art. 80.3 CPP, que deriva la posibilidad de atribuir un hecho delictivo a las personas jurídicas. Por tanto, resulta cuestionable que la capacidad de acción delictiva se circunscriba solo a la persona física que la ejecuta.

¹⁵⁸ Luis Gracia Martín, “La serie ‘infracción-culpabilidad-sanción’ desencadenada por individuos libres como síntesis jurídica indisoluble derivada de la idea y del concepto a priori del derecho”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 18-18, (2016): 33. La génesis del “actuar en lugar de otro”, está acuñado al profesor Gracia Martín, quien considera irracional que a los administradores de la persona jurídica a la que se les atribuye o imputa la conducta de la persona física, se ocupe para no dejar exento de responsabilidad a la persona jurídica.

¹⁵⁹ Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación*, Referencia: 22CAS2015 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016). Respecto de la cláusula de “actuar por otro” del art. 38 CP, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador ha referido que ella implica que “*el actuante responde personalmente por la acción u omisión típica que desplegó en el evento criminal, aunque no esté revestido de las condiciones, cualidades o relaciones del suplido, necesarias para tenerle como sujeto activo del delito*”.

exigida en el sujeto activo del delito, con lo que una persona actúa como representante de otra persona.

En esa idea, esta cláusula extiende la autoría, limitada concretamente “*en que el autor del hecho actúa en nombre o representación de una persona física o jurídica sin la cualificación exigida por el delito especial propio correspondiente*”¹⁶⁰; pero ha de aclararse que esta disposición no satisface por completo el desarrollo legal que debe tener para sancionar penalmente la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos que cometan¹⁶¹, sino que como bien lo afirma Bacigalupo, de allí se advierte lagunas de punibilidad para las personas jurídicas. Por tanto, para evitar la impunidad de aquel “*que actuaba en nombre de una persona física o jurídica lo hacía sin concurrir en él las características personales exigidas para el sujeto activo en un delito especial propio*”¹⁶².

Ahora bien, en los delitos de cohecho, específicamente el cohecho activo, éste no es un delito especial, sino que es un delito común, pero se tiene que, el sujeto activo en principio es la persona física, y puede situarse, por ejemplo, un directivo o administrador de una empresa que actúa en su nombre y representación, que se acerca al funcionario público a ofrecerle una dádiva para que realice un acto en el giro de sus funciones públicas.

En tal supuesto, a *prima facie*, la persona que participa como sujeto activo que debiera figurar como autor es la persona jurídica y no la persona física, debiendo atribuirse la comisión del delito a la persona jurídica, como lo señala el art. 80.3 CPP, aunque la sanción penal se traslada a la persona física que acordó o materializó el cohecho activo, soportando en sus carnes la conminación de la pena de prisión.

¹⁶⁰ Silvina Bacigalupo, “Caso del levantamiento del velo de las personas jurídicas”. En *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, 2º ed. (Madrid: La Ley, 2011), 534-535.

¹⁶¹ Al respecto, De la Cuesta considera que esta cláusula es “*más llamada a la cobertura de las lagunas de punibilidad derivadas de los delitos especiales, que a la instrumentación de un mecanismo adecuado para la exigencia de responsabilidad personal en los hechos cometidos en el marco de personas jurídicas*”. De la Cuesta, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, 22.

¹⁶² Bacigalupo, “Caso del levantamiento del velo de las personas jurídicas”, 534-535.

2.4. Libertad de empresa.

Desde otra perspectiva, la libertad de empresa como manifestación de la libertad económica también se encuentra en una relación directa con el derecho fundamental de libertad general. A criterio de la jurisprudencia constitucional de El Salvador, su finalidad es “la protección de la empresa, es decir, la forma de organización productiva que propicia las condiciones para el intercambio o circulación de bienes o servicios en el mercado, cuyo límite radica en el interés social”¹⁶³.

Por otra parte, la libertad empresarial se manifiesta en la actividad comercial nacional a través de los bloques siguientes: i) En la libre disposición de los particulares para constituir empresas, es decir, que se autoriza el emprendimiento de cualquier actividad económica lícita para poseer, disponer o afectar cualquier bien o servicio que pretendan someter al mercado; ii) Que no se imponga a las empresas un margen de fines y objetivos específicos que el Estado requiera, sino que a partir de su propio sistema de administración se entablen sus prioridades y objetivos; y iii) Además, que no se exija su existencia perpetua, sino que se permita el cese de su actividad administrativa-financiera¹⁶⁴.

En el tema que nos corresponde el CP, al igual que en la libertad económica, también regula las acciones tendientes a vulnerar los cánones citados o que a partir de la constitución de una empresa, se cree una fachada para el cometimiento de ilícitos relacionados a la corrupción o que alteren el orden socioeconómico.

2.4.1. Libre competencia.

En la delincuencia económica, también existe un problema serio en torno a los riesgos de cometer delitos a través de la contratación de bienes y servicios. La libre competencia es un principio optimizador de las relaciones contractuales, con

¹⁶³ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 206-2008* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011).

¹⁶⁴ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 23-2012* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2014).

incidencia entre los particulares, pero sobre todo, en aquellos vínculos donde la administración pública actúa como promotor de procesos de contratación.

La libre competencia ha sido definida como una prohibición al monopolio centralizado, de tal modo que es la actividad donde los ofertantes y demandantes, ya sean personas naturales o jurídicas, puedan disponer libremente de la entrada y salida del mercado; en tal sentido, una vulneración a la libre competencia tiene lugar cuando se asegura la producción, distribución y por tanto, beneficiarse del consumo y disfrute de bienes y servicios por una o más entidades que imposibiliten materialmente la capacidad alcanzativa del mercado por terceros ajenos a ella.

Este principio rector asegura una libertad económica respetuosa con la propiedad, la igualdad y la dignidad humana, su asidero constitucional es el art. 101 y 102 Cn, pero también, se encuentra regulada en el art. 2 del Reglamento de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública. El precedente constitucional, asume que la libre competencia es una regla restrictiva de las prácticas monopolistas, así, al respecto se ha dicho:

Asimismo, la igualdad de oportunidades y la distribución razonablemente igualitaria de la libertad permiten inferir que el mercado irrestricto y la libre competencia absolutizada desvirtúan, en su aplicación y funcionamiento, el sentido humanista de los parámetros constitucionales que propugnan valores como la justicia, la igualdad, el bienestar general, y la misma libertad, que no queda en disponibilidad real de acceso para todos cuando una libertad económica sin limitaciones engendra marginalidad, desempleo, y condiciones indecorosas de vida para muchos sectores de la sociedad. Nuestra Constitución retoma tales conceptos en el art. 102 Cn., entendiendo por interés social o público, la utilidad, conveniencia o bien de los más ante los menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado sobre los ciudadanos¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de inconstitucionalidad*, Referencia: 8-2004 (El Salvador. Corte Suprema de Justicia, 2005).

Como se ha reiterado, la libertad de competencia se sitúa en el ámbito del mercado, precisamente, en las modalidades de adquisición y contratación de servicios. Dentro de la corrupción, ese principio también se ha visto alterado, no solo en el ámbito público, sino también en el privado.

La inclinación de la corrupción privada reside en la alteración de los procesos de la LACAP o en la selección arbitraria de las modalidades de contratación y adquisición. La LACAP regula cinco formas de contratación con la administración pública, las cuales son: i) Licitación o concurso público; ii) Licitación o concurso público por invitación; iii) Libre gestión; iv) Contratación directa; y v) Mercado bursátil.

Precisamente sobre la licitación, es el medio principal que se ha utilizado por las prácticas corruptas para obtener beneficios propios o a favor de terceros. Como se ha reiterado, su utilización se realiza de forma contraria a los procesos de selección regulados en la LACAP.

En la comisión del injusto de peculado -art. 325 CP-, esta modalidad se ha visto sujeta a evaluación. La Sala de lo Penal ha caracterizado las irregularidades de los procesos de contratación, como insumos para dotar de robustez probatoria la conjugación de los verbos rectores del tipo penal de peculado, pues la acreditación de los extremos de la incriminación se realiza sobre la base de la omisión y aplicación errada de lo dispuesto en la LACAP¹⁶⁶.

Esas prácticas atentan directamente contra la libre competencia y por derivación, agravan los principios rectores de la contratación del Estado, dado que se alejan del interés colectivo y se crean cauces idóneos para facilitar el acceso al caudal público a personas naturales o jurídicas determinadas, sin permitir que se acceda de forma igualitaria a una competencia equitativa, que no dote a una sola entidad la facilitación de la libertad económica.

¹⁶⁶ Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación 167C2016*. Un ejemplo claro de las irregularidades en el proceso de licitación para facilitar tipos penales como el peculado, es la ausencia de supervisión que es exigido por la LACAP, en un proceso de construcción que involucre contratos de obra pública (Arts. 105 y 106 LACAP).

En tales supuestos, los sujetos afectados –otras empresas-, ven mermada la igualdad de armas entre aquellos que entran a la competencia, pues, se enfrentan a un escenario de desventaja, ya que no tienen posibilidad real de competir en igualdad de oportunidad frente aquel sujeto que ha pagado la dádiva al funcionario, y de tal forma que, “*los pagos ilícitos constituyen una estrategia contraria a la buena fe en las relaciones comerciales*”¹⁶⁷, lo que aumenta también la deficiente asignación de recursos, dado que en ciertos casos no se ofrecen los mejores productos o servicios¹⁶⁸.

Es así como las conductas constitutivas de corrupción pública no solo surgen del sector público, sino que también pueden surgir del sector privado, “*afectando a intereses tan diversos como la tutela de la competencia, el libre desenvolvimiento de los mercados o la toma de decisiones sin interferencias en procesos políticos, entre otros*”¹⁶⁹.

En este contexto, resalta la interrelación antes mencionada de la corrupción privada con la pública, ello debido a las conexiones ilícitas entre los funcionarios públicos y los empresarios; donde, el funcionario facilita la adjudicación de contratos – ya sea de compraventa de bienes o también de prestación de servicios – en las que se dé preferencia “*a los competidores, así como con cargos directivos y el personal de las autoridades o agencias de control de los mercados financieros*”¹⁷⁰, que conduce la afectación del interés público en el funcionamiento eficiente de dichos mercados y la confianza en el sistema económico.

Por otro lado, el *corpus iuris* en materia penal que se encarga de sancionar este tipo de acciones, es el previsto en el título IX capítulo II del Libro Segundo del Código Penal. De los delitos ahí descritos, el más factible ejemplo, es el delito de

¹⁶⁷ Nieto Martín, “Delitos de corrupción en los negocios”, 436.

¹⁶⁸ Raúl Carnevali Rodríguez y Osvaldo Artaza Varela, “La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción. Desafío para el Derecho Penal”. En *Los delitos de corrupción: Perspectiva pública y privada* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021).

¹⁶⁹ Norberto Javier de la Mata Barranco, “¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?”, *Eguzkilo*, número 23 (2009): 256.

¹⁷⁰ Carabajo Cascón, “Corrupción en el Sector Privado (I): La corrupción privada y el derecho privado patrimonial”, 299.

Competencia Desleal -art. 238 CP-, que regula la sanción del sujeto activo que se encargue de atribuir hechos falsos o utilizare medios fraudulentos en contra de un competidor para obtener una ventaja, la cual, se sobrentiende, que debe estar relacionada con una contratación pública, o alterando la libertad económica de otro particular.

En ese orden y como fue mencionado al momento de detallar la libertad económica, una práctica lesiva de forma directa contra la libre competencia es acaparar producción, distribución o beneficios del disfrute de bienes o servicios a una persona natural o jurídica determinada, lo cual constituye prácticas monopolistas. El art. 110 CN solo autoriza limitar la libre competencia, en aquellos casos donde la necesidad social lo haga imprescindible, rechazando, fuera de ese supuesto esa coyuntura.

2.4.2. Vaciamiento de los recursos del Estado.

La corrupción es un problema serio de la realidad de El Salvador, su desarrollo ha sido tan invariable desde el último cuarto de siglo, perpetrando la peor degradación de las jerarquías sociales, pues, como se ha sostenido, genera un desgaste masivo en los derechos fundamentales sociales: las garantías mínimas para promover los elementos más esenciales de la vida humana.

A partir de 1995, la necesidad de percibir el grado de corrupción de los países del mundo fue una necesidad de respaldo objetivo, con lo cual también se constituyó como una necesidad en El Salvador. En el año 2021, El Salvador obtuvo treinta y cuatro puntos en la escala según el Índice de Percepción de la Corrupción, lo cual, sitúa al país en los puestos más bajos de los ciento ochenta y un países evaluados el año anterior¹⁷¹.

El vaciamiento de los recursos del Estado es uno de los efectos desplegados por la corrupción, el cual, crea un círculo interminable de carencias sociales. Se obtienen ingresos de la actividad financiera del Estado, se distribuyen según los egresos plasmados en el Presupuesto General de la Nación aprobado cada año, se crea un

¹⁷¹ Transparencia Internacional, *Corruption Perceptions Index* (2022). www.transparency.org/cpi.

déficit fiscal entre lo que se obtiene y lo que se necesita, se realizan elevados préstamos al Fondo Monetario Internacional, al Banco Centroamericano de Integración Económica o a otras instituciones, se cometen por funcionarios delitos al absorber los fondos públicos, no se destinan los fondos a la necesidad social y la brecha jerárquica se amplía. Esa es la tradición de El Salvador y es lo que conduce a que países como este encajen en lo denominado por Chorne, como *Estado parasitario*¹⁷², permitiendo que se repitan los *ciclos de vaciamiento* año tras año.

De manera que, el vaciamiento de los recursos del Estado alude directamente a la redirección que se le da al fondo público en beneficio de los particulares, prioritariamente, de los que ostentan un deber de garante en la protección de los fondos de la comunidad.

En ese sentido, el derecho penal cumple una función de suma importancia para limitar el avance de la corrupción; sin embargo, su médula espinal es una naturaleza de *última ratio*, lo que, en el tema de la corrupción, lo convierte más en una herramienta de resarcimiento que de prevención. Nótese, que la ineficacia del derecho penal no es porque se omita su trascendencia de máximo control social formalizado, sino, porque la protección de bienes jurídicos es una tarea multifocal que no se realiza únicamente a través de la vía penal, es por ello que se le identifica a esa materia una protección subsidiaria y no una auténtica e ilimitada.

Para ello es que El Salvador no requiere solo evolucionar en la dogmática penal que argumente a favor de volver extensiva la persecución de los particulares interventores en la corrupción, sino además, propulsar una prevención técnica¹⁷³ que identifique las deficiencias en la administración pública a través de una política criminal encaminada no solo al delincuente habitual y ocasional, al contrario, que también busque concientizar sobre el desgaste de la sociedad a efecto de la corrupción.

¹⁷² Juan López Chorne, *El Estado parasitario. Argentina, ciclos de vaciamiento, clase política delictiva y colapso de la política exterior* (Buenos Aires: Editorial Lumiere, 2005), 167.

¹⁷³ Winfried Hassemer, "Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada", *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica* (1994).

En ese afán argumentativo, el vaciamiento del fondo público en El Salvador ha ocasionado a la administración pública y por derivación, a la población salvadoreña, un retroceso en los derechos sociales. Uno de los mayores ejemplos es la persecución penal realizada hacia un gran gabinete del estado de El Salvador, promovida en las últimas décadas por Peculado, Enriquecimiento Ilícito, Lavado de Dinero, entre otros.

La Sala de lo Penal ha sostenido que una de las principales consecuencias de estos delitos, es que genera en la población un límite alcanzativo de garantías prestacionales para suplir necesidades vitales como alimentación, salud, trabajo, seguridad o previsión social, sobre todo, cuando a través de un cargo público se obtienen a beneficio propio aberrantes cantidades de dinero, por ejemplo, en el proceso promovido contra el expresidente Elías Antonio Saca y otros, la responsabilidad civil a favor del Estado de El Salvador ascendió a \$300,347,117.17 dólares de los Estados Unidos de América.

Ahora bien, a pesar de identificar el monto extraído de las arcas del Estado y aceptar el común rechazo hacia esas prácticas, existen dos límites sustanciales: i) No hay una conciencia real y objetiva de la trascendencia criminal del delito, pues, al ser la víctima toda la población, no hay una percepción clara del daño que se ejerce; y ii) Por mucho que se desee, el origen de este tipo de conductas por parte del sujeto activo, no se explica a través de las causales tradicionales de comisión de delitos, como la falta de educación, pobreza, necesidad de asistencia social, carencia de familia¹⁷⁴, entre otros.

En tal sentido, el derecho penal cumple una función de protección última y formalizada, pero será el adecuado garantismo de derechos fundamentales como el de acceso a la información pública, lo que permitirá por parte de la población, crear un bloque de presión frente a lo que se realiza con los fondos públicos garantizados para su beneficio. La Sala de lo Constitucional ha identificado a este

¹⁷⁴ Burgos, "Cuello blanco y delito", 3.

derecho como un límite a la corrupción, pues, hace previsible la variabilidad en los destinos de lo público. Sobre ese respecto, se ha sostenido:

“El carácter de derecho fundamental del acceso a la información propicia el afianzamiento de democracias transparentes y efectivas, facilita la rendición de cuentas y genera un debate público permanente, sólido e informado. Desde esta perspectiva, el acceso a la información prepara a las personas para asumir un papel activo en el gobierno, mediante la construcción de una opinión individual y colectiva fundada sobre los asuntos públicos, lo que les permite una participación política mejor orientada, deliberante y responsable, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Este nivel de contraloría ciudadana incentiva a los gobiernos a utilizar los recursos estatales efectivamente para el bien colectivo y reduce los espacios para la corrupción”¹⁷⁵.

El fondo público se crea con un fin social determinado, pero la figura del vaciamiento abona a la brecha anual de lo que se había destinado para suplir necesidades prestacionales y lo que se deberá realizar el año siguiente para rellenar ese espacio, esa trayectoria es ahora la ficción intrascendente de la realidad nacional y sobre todo, un límite directo a la democracia.

2.4.3. Encarecimiento de la obra pública.

Producto del desgaste ocasionado por la corrupción al sano desarrollo de la administración pública es el alza de los precios, costos de producción y contratación de un determinado bien o servicio.

El encarecimiento de la obra pública será entonces el incremento que sufre la administración pública para hacer frente a los diversos proyectos que a lo largo de

¹⁷⁵ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de inconstitucionalidad*, Referencia: 356-2012 (El Salvador; Corte Suprema de Justicia, 2014). Una comunidad desinformada es propicia para ser manejable de forma antojadiza. La importancia de garantizar el acceso a la información pública es con el afán de crear un control general sobre lo público. La desinformación permite la corrupción, porque se desconoce la utilización de lo obtenido a través de los ingresos anuales y el destino brindado para el pago de los egresos.

un año fiscal pretende cumplir. El aumento repercute en la población, a quienes se les exigirá mayor capacidad tributaria, pero además, sufrirán el desgaste de un avance social lento y despresurizado.

La corrupción es un fenómeno que puede ser analizado desde diversas posiciones de estudio, pero la menos desarrollada es lo que a largo plazo genera dentro del Estado. Anualmente, las prácticas corruptas dimensionan el avance estatal de forma regresiva, pues la extracción de fondos públicos por parte de los funcionarios del Estado para su provecho crea una brecha que suplir en los estudios fiscales anuales para entablar los montos que corresponderán al ingreso y egreso de la nación.

La obra pública, como su nombre lo indica, dirige su mirada hacia un fin social prestacional, donde el Estado debe intervenir para el fortalecimiento de las necesidades humanas más vitales. El aumento de los costos de producción o selección de una adquisición o servicio se explica desde el momento en que los fondos originalmente destinados para ello son utilizados para fines diversos, lo cual, a grandes rasgos, obliga a que la obra pública –construcción, por ejemplo- se detenga y se atrase por buscar equiparar los fondos previamente extraídos con otros.

2.4.4. Enriquecimiento ilícito.

En esta investigación, se ha resaltado las prohibiciones que el derecho penal, a través de la parte especial del Código Penal, realiza en aquellas conductas lesivas para el orden socioeconómico o la administración pública

La figura del enriquecimiento ilícito está catalogada en la *familia* de los delitos contra la corrupción. A efectos de un concepto jurídicamente adecuado, la disposición normativa que la contiene, estipula: “Art. 333 CP.- El funcionario, autoridad pública o empleado público, que con ocasión del cargo o de sus funciones obtuviere incremento patrimonial no justificado, será sancionado con prisión de tres a diez años. En la misma pena de prisión incurrirá la persona interpuesta para simular el

incremento patrimonial no justificado. En todo caso, se impondrá inhabilitación especial para el ejercicio del cargo o empleo por el mismo tiempo”.

Uno de los principales rasgos de este tipo penal, es lo relacionado al sujeto activo y la cualidad que deberá tener al momento de los hechos, caso contrario, la Sala de lo Penal ha optado por no profundizar en aquellas conductas constitutivas de delitos especiales, pero que son realizadas por el *extraneus*¹⁷⁶. El Código Penal regula en el art. 39, lo que a efectos penales se entenderá como funcionario o empleado público. La función de que sea el funcionario o empleado público el sujeto activo del delito es debido a que existe en ellos una posición cercana y directa con los fondos del Estado. Esa condición es lo que les brinda una posición de garante de forma inexcusable.

En ese orden, la presunción de enriquecimiento ilícito ocurre cuando: “el aumento del capital del funcionario o empleado, desde la fecha en que haya tomado posesión de su cargo hasta aquella en que haya cesado en sus funciones, fuere notablemente superior al que normalmente hubiere podido tener”¹⁷⁷.

Bajo esa línea de ideas, tanto la jurisprudencia nacional como la dogmática penal, han sido precisas en que, cuando un sujeto ejerce funciones dentro de una determinada institución pública, su ámbito de libertad positiva –hacer o no hacer- y de libertad negativa –dirigir su voluntad sin intervención- se ven limitados por los fines, funciones, principios y objetivos de la institución a la cual están ligadas por un vínculo de servicio, pues obran conforme a un fin que se antepone al interés individual. Esto es así, porque el sistema de organización de la actividad estatal

¹⁷⁶ Sala de lo Penal, *Sentencias de Casación, Referencias: 22C2014 y 341C2017*. A la luz de lo prescrito por el principio de legalidad y taxatividad penal, ese tribunal interpreta que los sujetos activos plasmados en el tipo penal serán única y exclusivamente los que el legislador haya configurado para tal función. En ese orden, si el enriquecimiento ilícito es realizado por un particular o un sujeto que encaje en el marco de tipicidad según los conceptos dispuestos en la CICC, ello convierte el juicio de tipicidad en equívoco y, por consecuencia, se procede a la absolución del imputado. En realidad, la principal dificultad persistente en este tipo de análisis es cuando, a pesar de no tener una cualidad especial, participan en la comisión del delito sujetos ajenos a ese vínculo, que realizan actos directos o indirectos para coadyuvar a los beneficios del tipo; desde esa perspectiva, en El Salvador, la comunicabilidad de las circunstancias especiales no es procedente, lo que deja un margen de impunidad sumamente alto en el caso que se comenta.

¹⁷⁷ Ley de Probidad, artículo 3.

salvadoreño confluye amparado en la *teoría del órgano-institución y órgano-persona*, donde, la institución pública no actúa por sí misma, sino, se conforma de diversos sujetos a quienes confía su finalidad pública para que ejecuten y materialicen los actos permitidos por la normativa y la Constitución de la República¹⁷⁸.

En esa línea de ideas, cuando de la función pública y su ejercicio se trata, la persona natural individual no puede verse investida de libertad y autonomía propia con fines particulares separados de los de la institución, ya que los actos estatales legítimos que produce actúan dentro de los poderes jurídicos que les han conferido las leyes; por lo tanto, su ámbito de decisión se restringe por las reglas, principios y valores que persigue la institución para sus fines. Esto es así, debido a que el Estado y sus funcionarios o empleados públicos que ejecutan sus actos, deben revestirse de una presunción de legitimidad en cuanto a la designación de sus funciones estatales, amparadas en la legalidad y legitimidad de sus actuaciones¹⁷⁹.

Bajo esta perspectiva, es que se otorga al funcionario o empleado público una posición de garante o también denominada una *responsabilidad especial*, por tener un vínculo estrecho con el bien jurídico protegido¹⁸⁰, que, en el caso del Enriquecimiento Ilícito, es la administración pública de los fondos del Estado. En la jurisprudencia en materia penal, esta figura se ha comprendido como una posición en la que el autor del delito se encuentra, donde, si hubiese realizado la acción o deber esperado, el resultado lesivo al bien jurídico se hubiese evitado¹⁸¹.

En razón de lo expuesto, en el Enriquecimiento Ilícito se sanciona el incremento patrimonial injustificado durante el funcionario o empleado público haya ejecutado sus funciones estatales, ya que se crea una brecha de presunción de legalidad y

¹⁷⁸ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 64-2005* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2006).

¹⁷⁹ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 26-2008* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2009).

¹⁸⁰ María Ángeles Cuadrado Ruíz, "La posición de garante", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número 6 (2000): 11-68.

¹⁸¹ Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación, Referencia: 10C2013* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013).

legitimidad en sus actos que revisten la función pública, de tal modo que la ausencia de corroboración de los fondos vigentes durante su ejercicio crea una presunción de ilegalidad de la procedencia de los mismos, precisamente, sobre la no acreditación de su forma de obtención, empero, porque el cargo público no autoriza la recaudación de fuertes cantidades de dinero mientras se está al servicio del Estado.

Asimismo, los primeros dos incisos del artículo 240 Cn, también regulan la figura del *enriquecimiento sin justa causa a costa de la Hacienda Pública o Municipal*, donde, se impone la obligación de restitución civil, pero además, se deja abierta la posibilidad de responsabilizar al funcionario o empleado público a través de la normativa en sentido formal.

Sobre el particular del *enriquecimiento sin justa causa*, en El Salvador se han demarcado tres criterios para determinar, al menos civilmente, esa calidad: i) Existe una ventaja que mejora el patrimonio del empleado o funcionario público; ii) Hay un desplazamiento del empobrecimiento hacia el enriquecimiento activo, es decir, uno es la consecuencia del otro; iii) Sin justa causa, arriba a la noción de ausencia de causa u origen, así como a la falta de justificación, razón legal o legítima de la procedencia del aumento patrimonial¹⁸².

Dicho lo anterior, el Enriquecimiento Ilícito tiene el análisis de tipicidad siguiente: i) El sujeto activo es un funcionario o empleado público, según los términos del art. 39 CP, o la evaluación del caso en particular; ii) Debe existir un incremento patrimonial no justificado, es decir, que no debe tener respaldo legal ni ser superior a lo que pudo haber obtenido según su salario o bonificaciones del cargo; iii) Ese incremento

¹⁸² Sala de lo Civil, *Sentencia de Apelación, Referencia: 12-APC-2017* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018). Esos criterios son los sostenidos por la jurisprudencia, y sirven para forjar un estándar de interpretación de la norma; sin embargo, es dable la posibilidad de incluir una nota extra a los mencionados, la cual es identificar la figura del enriquecimiento sin justa causa a través de una confrontación entre el patrimonio inicial del empleado o funcionario público, el que pudo alcanzar durante sus funciones según su salario y bonificaciones y el que se tiene al momento de la persecución penal o civil.

solo es juzgable durante el desarrollo de sus funciones con el Estado; y iv) A través del tipo penal, se protege la administración pública.

2.4.5. Lavado de dinero.

Una de las modalidades de la contemporánea criminalidad organizada, es la legitimación de fondos procedente de actividades delictivas en el flujo económico legal y ordinario. Esa trayectoria ha sido el resultado de evitar la fácil detección de fondos ilegales por las autoridades encargadas de la persecución penal y su práctica altera de forma inexcusable el orden socioeconómico.

No cabe duda de que en los últimos años se ha racionalizado que la persecución penal no se agota con la mera judicialización de casos penales, sino que requiere combatir el provecho ilegal que se obtiene a través del delito. Esto ha conllevado a que se cree una política criminal que identifique la forma en la que grandes cantidades de dinero, bienes o activos, pueden introducirse a la economía a través de una figura de legitimación, lo cual ha sido precedente para la configuración normativa de leyes especiales que sancionan el lavado de dinero o el *blanqueo de capitales*.

En El Salvador, la directriz de esa persecución es a través de la Ley Contra el Lavado de Dinero y de Activos¹⁸³. El tipo penal principal se encuentra regulado en su artículo 4, del cual se extraen como conductas sancionadas el depositar, retirar, convertir o transferir fondos, bienes o derechos relacionados que procedan directa o indirectamente de actividades delictivas, para ocultar o encubrir su origen ilícito.

De esa nomenclatura, se extrae que la cualidad particular del delito es la existencia de un fondo, bien o activo derivado de un delito precedente, la realización una acción intermediaria para su legitimidad, tras lo cual se convierte su original

¹⁸³ Contendida en el DL número 498, publicado en el DO número 240, Tomo, número 341, de fecha 23 de diciembre de 1998, norma especial que es parte de la adecuación de la legislación interna ante la suscripción de pactos internacionales como el Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos Relacionado con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos.

precedencia ilícita. La Sala de lo Penal, a la luz del bien jurídico protegido por el delito –orden socioeconómico- ha sostenido: “El delito de Lavado de Dinero y de Activos, desde la óptica del bien jurídico protegido, se trata de un delito pluriofensivo con incidencia, sobre todo, en el Orden Socioeconómico en la medida que la solidez y transparencia”¹⁸⁴.

A lo anterior se suma el análisis objetivo del tipo penal, que se realiza sobre la base de los aspectos siguientes: i) El sujeto activo puede ser cualquier persona, es decir, no se tiene como requisito de adecuación típica que en el autor recaiga una cualidad especial de funcionario, empleado, agente de autoridad o autoridad pública; ii) Los verbos rectores son depositar, retirar, convertir o transferir fondos, bienes o derechos relacionados que procedan directa o indirectamente de actividades delictivas, para ocultar o encubrir su origen ilícito; y iii) Directamente relacionado a lo anterior, existe la obligación de analizar el origen de los fondos, de tal forma que lógicamente, con base a premisas unificadas con la derivación y la razón suficiente, se infiera que provenían de una actividad ilegal.

Un debate primordial en este tipo penal es la vinculación del Lavado de Dinero con el hecho precedente, en síntesis, la discusión latente es si la acreditación minuciosa del tipo penal precedente es requerida para el juicio de tipicidad del lavado de dinero y de activos.

El criterio jurisprudencial salvadoreño se ha inclinado a la figura de la *autonomía* del delito de lavado de dinero y de activos, donde el juicio de tipicidad se realiza de forma individual sobre ese tipo penal, de tal forma que la acreditación minuciosa del delito conexo no es un requisito indispensable, sino basta que se comprueben mediante indicios las irregularidades, anomalías, anormalidades e ilicitudes de la conducta precedente que dio origen a fondos que por su forma de obtención, se presumen ilícitos.

¹⁸⁴ Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación, Referencia: 288-CAS-2011* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012).

Sobre tal particular, el criterio continuado que ha tenido la Sala de lo Penal determina que la autonomía del delito de lavado de dinero surge de “su propia configuración típica, de donde la relación con actividades delictuales precedentes es desde luego indispensable, pero no menos diferente del tratamiento que recibe, verbigracia, el delito de receptación art. 214-A Pn”¹⁸⁵.

La persecución de delitos como éste también ha convertido en imperiosa la necesidad de perseguir los fondos derivados de las actividades ilícitas, ya que la judicialización de casos, si bien agota y protege el bien jurídico protegido, puede verse limitada en la búsqueda y terminación de los fondos ilícitos, que bonifican la actividad criminal.

Informes como el *Global Financial Integrity* de 2017, revelaron que ciertos delitos llegan a generar ganancias que ascienden a los \$2.2 billones de dólares¹⁸⁶; esto es un resultado de lo que años anteriores se veía venir, por lo que se fortalecieron bloques internacionales dirigidos por la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas¹⁸⁷, la CICC, así como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional¹⁸⁸ e inclusive, la CNUCC.

La norma especial de El Salvador, que tiene por finalidad dar respuesta al crimen organizado¹⁸⁹ y la corrupción gubernamental en el desgaste de los fondos procedentes de origen o destinación ilícita, es la Ley Especial de Extinción de

¹⁸⁵ Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación, Referencia: 288-CAS-2004* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2006); *Sentencia de Casación 288-CAS-2011* y *Sentencia de Casación, Referencia: 8-CAS-2015* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015).

¹⁸⁶ Global Financial Integrity, *La delincuencia transnacional y el mundo en desarrollo* (Washington, 2017).

¹⁸⁷ Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Viena: Conferencia de las Naciones Unidas para la Aprobación de una Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, 1988).

¹⁸⁸ Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo: Asamblea General de las Naciones Unidas, 2000). Este instrumento fue ratificado a través del DL 164 del 16 de octubre de 2003, publicada en el DO 211, Tomo 361 del 12 de noviembre de 2003. Regula el decomiso de fondos y bienes adquiridos de manera ilícita, disponiendo de mecanismos de cooperación internacional.

¹⁸⁹ Miriam Gerardine Aldana Revelo, *El proceso de extinción de dominio en El Salvador* (San Salvador: Comisión Coordinadora del Sector de Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva, 2019): 24-29.

Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita¹⁹⁰. Su fundamento, según la jurisprudencia constitucional, es en base a tres motivos: i) Limitar la obtención de un beneficio o provecho económico ilegal, de tal modo que sea intolerante el Estado ante el lucro por la causa ilícita; ii) El derecho de propiedad se protege siempre y cuando la causa sea legal y legítima, de tal modo, que no puede alegarse ante su obtención por derivación de lo ilícito; y iii) La extinción de dominio es una arista de la persecución del crimen, pues, pretende reducir el poder que el dinero brinda en sus organizaciones¹⁹¹.

La extinción de dominio es entonces un proceso autónomo, realizado por una competencia judicial diferente a la penal, administrativa, civil, que no tiene la finalidad de hacer una condena penal y el comiso como una consecuencia accesoria de la misma, sino una pena patrimonial, del acto declarativo del Estado que trae aparejada que los bienes pasaran a favor del Estado; es decir, se parte de la premisa que “nadie puede obtener provecho de su propio acto ilícito”, constituyendo una herramienta efectiva para el combate a la delincuencia organizada y la corrupción gubernamental y particular. Sin embargo, debería de tipificarse el delito de corrupción de particulares.

¹⁹⁰ Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita, El Salvador (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2014). Esta normativa fue creada mediante DL número 534, publicado en el DO número 223, tomo 401, de fecha 28 de noviembre de 2014.

¹⁹¹ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad 146-2014/107-2017*.

CAPÍTULO III.

LOS DELITOS ESPECIALES Y SU EVOLUCIÓN.

Sumario: 3. Infracciones especiales en el derecho penal clásico. 3.1 Delitos especiales en el derecho penal moderno. 3.2 La figura del *intra-neus* y del *extra-neus* (concurso de agentes). 3.3 Delimitación de los conceptos de autoría y participación penal. 3.3.1 Concepto unitario de autor. 3.3.2 Teorías negativas de la participación en sentido estricto. 3.3.3 El sistema diferenciador. 3.3.3.1 Concepto de autor extenso. 3.3.4 Teorías subjetivas de la intervención criminal. 3.4 Delito especial *versus* delito común. 3.5 Distinción entre delitos especiales y figuras similares. 3.5.1 Delito especial *versus* delito de propia mano. 3.5.2 Delito especial *versus* delitos de omisión. 3.5.3 Delito especial *versus* delitos de incumplimiento del deber. 3.6 Clasificación de los delitos especiales- 3.6.1 Delitos especiales propios e impropios. 3.6.2 Delitos especiales por motivos naturales y delitos especiales por motivos legales. 3.7 Conductas con restricción de autoría. 3.7.1 Consideraciones iniciales. 3.7.2 Postura de Claus Roxin. 3.7.3 Postura de Claus Jakobs. 3.7.4 Análisis crítico. 3.7.5 Dominio de la base del resultado (Bernd Schünemann). 3.7.6 La naturaleza jurídica del injusto de peculado como delito especial propio. 3.7.7 La corrupción de particulares.

Introducción y propósito.

En el centro de la atribución de responsabilidad por un delito, un instrumento de actuación del derecho penal, existe el concepto de autoría, y es a partir de este concepto y del contenido que se le atribuye que se hace posible identificar, en la comunidad, el sujeto) sobre quién debe - o los sujetos sobre quienes deben- recaer las posibles consecuencias legales y penales del delito de peculado, considerado factor de desorden social; aunque la noción de autoría no es propia del derecho, menos aún de cierta rama dogmática, es cierto que a lo largo de la evolución del derecho penal y, con mayor fuerza en los últimos tiempos, se ha producido un creciente atractivo doctrinal en el sentido de dotar a dicha noción de un sentido jurídico particular y por tanto, más independiente de su comprensión ontológica.

El propósito de este capítulo será desarrollado desde una exposición evolutiva del concepto de autoría en derecho penal, se podrá diagnosticar la citada tendencia y las razones que la impulsaron en el ámbito específico de la autoría y la participación

delictiva dado que, la conceptualización criminal de la autoría no puede hacerse al margen de un análisis, por breve que sea, de las principales teorías doctrinales y jurisprudenciales que a lo largo de los años han ocupado esta tarea, aludiendo a sus méritos y posibles deméritos, de los que se tendrá el marco necesario para avanzar en el sentido de preferir un concepto o criterio dado e indagar sobre la naturaleza jurídica del delito de peculado como delito especial propio, para desarrollar la corrupción realizada por los particulares.

3. Infracciones especiales en el derecho penal clásico.

No es nueva, ni siquiera en datos recientes, la disposición por la legislación penal de los llamados "delitos especiales" o, en la nomenclatura comúnmente utilizada como "delitos propios", que definidos provisionalmente son aquellos que, contrariamente a los denominados "delitos comunes", presentan en su configuración típica una restricción del círculo de posibles autores.

En estos delitos, solo determinados sujetos tienen derecho a asumir el cargo de autor, lo cual sucede porque la norma que tipifica la conducta delictiva requiere la recolección, en la figura del único autor individual o del interviniente principal, de ciertas cualidades o condiciones no compartidas por la mayoría de las personas.

El origen de la disciplina de esta clase de infracciones se remonta al derecho penal romano que, bajo la nomenclatura *delicta propria*¹⁹², definió delitos que solo podían ser cometidos por una clase específica de ciudadanos, en ese momento, estos tipos de delitos son considerados "delitos de estado", centrados exclusivamente en el castigo de las conductas practicadas por personas que detentan un determinado estado en la sociedad.

En el contexto del llamado derecho penal clásico, siguió el predominio de la identidad entre delitos especiales e injustos funcionales, donde se entienden las reglas y principios legales penales de inspiración ilustrada, que se encuentran

¹⁹² Esto viene a ser una excepción a la regla denominada *delicta communia*, donde se determina que cualquier ciudadano podría ser autor.

fuertemente apegados a garantías liberales como la restricción de la intervención criminal -derecho penal mínimo y última proporción-, que además se encuentran destinados a la protección de los bienes jurídicos y patrimoniales individuales frente a los ataques más graves, especialmente las conductas nocivas.

La excepción fue la responsabilidad de unos tipos penales especiales que, a pesar de tener poca relevancia concreta, atrajeron y terminaron concentrando la atención de los escasos estudios dedicados a los reflejos de la construcción típica con restricción en términos de autoría para la teoría del crimen.

Fue aproximadamente a partir de la década de 1960 cuando la doctrina internacional comenzó a prestar mayor atención a la construcción típica de los crímenes especiales y a identificar en ella particularidades que reflejaban significativamente el tema de la atribución de responsabilidad a los diferentes intervinientes, en este contexto, en 1963 Claus Roxin lanzó su “teoría de los delitos de infracción del deber”, teniendo en cuenta principalmente los delitos denominados “funcionales”, que prevén al funcionario público como autor¹⁹³.

3.1. Delitos especiales en el derecho penal moderno.

En las últimas décadas se ha identificado claramente un aumento de la producción legislativa en materia penal; gran parte de esta creación normativa está relacionada con la regulación penal de nuevos ámbitos de actuación como el económico y el ambiental, cuya protección se atribuye al desempeño del “derecho penal moderno”, del cual se entienden tanto los tipos de delitos como las normas y principios rectores de la dogmática y la política criminal que se desarrollaron para hacer frente a los problemas surgidos en el período postindustrial, que por su parte dieron lugar a lo que la sociología denominó "sociedad del riesgo"¹⁹⁴.

¹⁹³ Claus Roxin, *Autoría y dominio del derecho penal*, traducido de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Madrid: Marcial Pons, 2000), 260.

¹⁹⁴ Expresión que lanza el sociólogo alemán Ulrich Beck para designar la configuración social de la posmodernidad. Vid. Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. (Barcelona: Paidós, 1998).

Esta se caracteriza por la multiplicación de riesgos para la comunidad, resultado de los avances científicos y tecnológicos que inevitablemente traen consigo peligros desconocidos o difíciles de predecir, aunque se puede afirmar sin duda que el progreso de la ciencia ha aumentado la esperanza de vida individual y, de esta forma, ha reducido significativamente los riesgos que existían en tiempos pasados. En lo que respecta al ámbito colectivo la situación es al revés, al contrario de lo que predijo la mentalidad liberal¹⁹⁵, las tasas de mortalidad están aumentando, las actividades que realiza el ser humano son cada vez más riesgosas, y las consecuencias que pueden derivarse de ellas son a veces inconmensurables.

El papel que, en última instancia, desempeña el derecho penal en un contexto de maximización de los riesgos colectivos se ve exacerbado en muchas situaciones, ya que no es un mecanismo de última proporción para convertirse en un verdadero instrumento de configuración social, a través de una política criminal cada vez más activa.

El objeto de protección de este derecho penal "moderno" deja de ser el patrimonio jurídico individual para convertirse en patrimonio colectivo, difuso o meta-individual, protegiendo sólo por mediación o transversalidad al individuo considerado persona humana; tales bienes difusos son las instituciones sociales, de carácter civil o estatal, sus funciones o modelos organizativos.

Para proteger estos nuevos bienes de los riesgos vinculados al progreso técnico y científico, o para la mejora de las interrelaciones sociales¹⁹⁶ en áreas como la económica, financiera y ambiental, las estructuras tradicionales del derecho penal

¹⁹⁵ "El incesante desarrollo tecnológico y científico, puesto a disposición de los hombres dentro del sistema de producción capitalista, se veía, hasta hace muy poco, de manera absolutamente positiva, capaz de otorgar a los seres una calidad de vida cada vez mayor, aunque restringida al foco del consumo de bienes, (...) Sólo con la percepción de la pérdida del control del propio desarrollo se empieza a notar la ruptura del sueño de dominación integral de la razón burguesa". Salvador Netto y Alamiro Velludo, *Tipicidad criminal y sociedad del riesgo* (Sao Paulo: Barrio Latino, 2006) 92.

¹⁹⁶ "De hecho, hemos sido llamados a vivir en una sociedad de enorme complejidad en la que la interacción individual, por la necesidad de cooperación y división funcional, ha alcanzado niveles actualmente desconocidos. Sin embargo, la profunda interrelación de los ámbitos de la organización individual aumenta la posibilidad de que algunos de estos contactos sociales conduzcan a la producción de consecuencias nocivas" Jesús-María Silva Sánchez, *Consideraciones sobre la teoría del agravio* (Buenos Aires: Ad-hoc, 1998), 16.

clásico, orientadas a una idea de lesionar el bien jurídico individual protegido, no son suficientes¹⁹⁷ cuando la colectividad está en juego, se hace necesario el uso de algunos mecanismos de anticipación a la tutela; la clasificación de las conductas peligrosas es uno de esos instrumentos que el legislador ha utilizado -a veces de manera excesiva-.

Además de la previsión de responsabilidad penal por la práctica de conductas meramente peligrosas, el legislador, interesado en la protección de los bienes jurídicos universales recurre a otro mecanismo importante, que consiste en la tipificación creciente de las denominadas "posiciones de garantía", a través del cual las personas determinadas tienen el deber de asegurar la indemnización de los bienes legales en juego.

Esta es la razón de la criminalización cada vez más presente de la conducta negligente y omisiva, pero también explica la tendencia legislativa claramente verificable en distintos países, en razón del uso de la fórmula de delitos especiales¹⁹⁸, los que poco a poco dejan de ser identificables exclusivamente con aquellos delitos de clase, entendidos como delitos funcionales, y ganan espacio en la rama específica del derecho penal supraindividual¹⁹⁹, ampliando aún más la relevancia de su estudio para la dogmática penal.

La fijación de posiciones de garantía es en realidad, un mecanismo interesante del que dispone el legislador contemporáneo, pues por un lado, permite la delimitación

¹⁹⁷ "Es importante [...] constatar cómo un modelo de derecho penal liberal, prudente y dotado de un arsenal de medios que limitan su desempeño, se muestra incapaz de atender las actuales y crecientes demandas preventivas, de hecho, las deficiencias e insuficiencias del aparato estatal ante la complejidad de estos nuevos fenómenos nocivos inspiran cambios en sus premisas y métodos de acción". Machado, Marta Rodríguez, *Sociedad del riesgo y derecho penal: una evaluación de las nuevas tendencias político-criminales* (IBC. Crim, 2005), 23.

¹⁹⁸ "Los delitos especiales en sentido estricto se configuran cuando la autonomía de la conducta carece de un denominador común con el resto de descripciones del ordenamiento jurídico, y los delitos especiales en sentido amplio, donde el contenido típico descrito en la norma puede guardar concordancia con uno o más delitos comunes de los que se diferencia por el rasgo distintivo exigido en el sujeto activo" Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación, Referencia: 3-CAS-2004* (El Salvador. Corte Suprema de Justicia, 2004).

¹⁹⁹ "En el derecho penal económico, la gran mayoría de los delitos se configuran como especiales, al tipificar el comportamiento de sujetos que participan en el tráfico económico desde determinados cargos formalizados y, en ocasiones, casi institucionalizados". "Actuaciones en sustitución de terceros y responsabilidad penal". Luis Gracia Martín, *Terceros y responsabilidad penal* (Madrid: Estudios del Ministerio Fiscal, 1995), 866.

de esferas de responsabilidad, atribuyendo a las personas que desarrollan actividades, ejercen funciones o roles de importancia social un deber diferenciado de garantizar expectativas sobre el funcionamiento regular de las estructuras que les son encomendadas²⁰⁰ y por otro lado, lo hace a bajo costo para la libertad individual. Es así como, con ámbitos de responsabilidad bien definidos, la amenaza de sanción como función preventiva (general) logra sus objetivos con mayor seguridad.

En estos tipos delictivos, orientados a la protección de bienes jurídicos de carácter meta-individual -como el orden socioeconómico-, lo que desencadena la intervención estatal de carácter penal ya no es la infracción a la propiedad atribuida a un sujeto específico, sino el peligro de que se origine en ciertos comportamientos para el ámbito patrimonial de un grupo mucho mayor de individuos, así como para la propia confiabilidad social de la que gozan las instituciones es mucho mayor, ello por los efectos colectivos que pueden producir conductas nocivas en estos ámbitos de actuación, el legislador opta por anticiparse a la barrera de protección penal, tipificando conductas muchas veces meramente riesgosas o peligrosas y atribuyéndolas a una determinada clase de personas, por criterios que se evaluarán a lo largo de la investigación, del rol de garantes (o garantes) del bien jurídico protegido.

Es precisamente de la atribución de la responsabilidad penal principal por el funcionamiento regular de una determinada institución a un grupo específico de personas que surge la especialidad de los tipos de delitos que la disciplina lleva a cabo y que son peligrosos para los bienes jurídicos protegidos.

Se renuncia, por tanto, a reprimir todas y cada una de las conductas que puedan llegar a amenazar las estructuras fiscalizadas, otorgando relevancia jurídico penal - sólo- o principalmente, como se comprobará, las derivadas de los sujetos a los que

²⁰⁰ El creciente establecimiento de garantes, es decir, personas dedicadas al cuidado del interés legal, bajo pena de ser incriminados, suena adecuado a las preocupaciones de seguridad de la sociedad de riesgo.

el derecho penal, a través de las figuras típicas especiales, asigna la condición de garantes.

3.2. La figura del *intraneus* y del *extraneus* (concurso de agentes).

En principio, como señala el autor Gonzalo Quintero Olivares, la definición de autoría en el ámbito del derecho penal no debería ser una tarea difícil, pues es intuitivo decir que el autor de un delito es quien realiza la acción descrita en el tipo penal, más específicamente quien mata, quien hiere, quien quita el bien ajeno; sin embargo, surgen dificultades cuando diferentes personas compiten por la comisión de un mismo hecho típico a través de contribuciones de diferentes entidades²⁰¹.

Ahí es donde viene la llamada competencia de agentes, codelincuencia o concurso de personas (coautores)²⁰², esta última es la nomenclatura elegida por el legislador penal salvadoreño para designar el fenómeno de la comisión de un solo delito por dos o más sujetos activos.

La competencia de agentes tiene, por tanto, un carácter monista que como se verá, se puede deducir del contenido de algunas disposiciones del Código Penal salvadoreño; esta característica proviene de la interpretación de las distintas aportaciones de los distintos competidores como la realización de esta y común

²⁰¹ "Por supuesto, cuando solo hay uno interviniendo en el crimen, los problemas de identificación legal del autor se reducen sensiblemente; por este estudio de la autoría es el único momento el estudio de la participación delictiva, expresión referida al conjunto de personas que intervienen de una u otra forma en la comisión del delito, y la pena que les son aplicables en función de esta intervención". Gonzalo Quintero Olivares, *Manual de derecho penal: parte general*, segunda edición (Navarra: Aranzadi, 2000), 606-607.

²⁰² "En relación al *extraneus*, en el que no son funcionarios ni empleados públicos, exigencia para este delito especial, hay que aclarar que las circunstancias personales solo son exigidas para el autor, esto porque el Código Penal salvadoreño regula la trilogía en la participación de un hecho punible de conformidad con el Art. 32 Pn. Por lo que solo pueden ser autores de un delito cualificado o especial, aquel en quien concurre ese elemento especial de funcionario o empleado público, mientras que el resto de los intervinientes en el hecho responden como partícipes, es decir tenemos un sistema diferenciador". Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, Sentencia de Apelación contra Sentencia, Referencia: 209-2018 (El Salvador: Órgano Judicial, 2018).

infracción²⁰³ siempre que estén presentes los requisitos determinantes de la competencia de personas.²⁰⁴

Las dificultades relacionadas con la coautoría se refieren a la distribución de la responsabilidad penal entre los distintos sujetos en competencia, problema para el cual se propusieron varios criterios que permitirían decir en qué casos el aporte al delito equivaldría a la autoría, en otros a la participación o incluso a la colaboración con impunidad.

Entre las clases criminales que ofrecen problemas adicionales a los ya arduos, es la tarea de interpretación jurídico-penal de los aportes de los distintos intervinientes al delito, que es la categoría de delitos especiales.

Esta dificultad es evidente cuando se admiten delitos especiales como figuras típicas con restricción de autoría, así, si la doctrina penal no duda en afirmar la imposibilidad de un sujeto que no cuente con las características personales exigidas en el tipo (por ejemplo, ser funcionario público, médico, abogado o gerente de una institución financiera) para cometer individualmente el delito, la solución no es tan sencilla cuando el delito se comete mediante la concurrencia de personas calificadas y personas no calificadas, de acuerdo con los requisitos típicos.

En ese sentido, el sujeto calificado capaz de practicar la infracción especial individualmente es designado *intraneus* y el sujeto no calificado, incapaz de realizar la figura típica por sí es designado *extraneus*; la duda surge, sin embargo, cuando

²⁰³ La violación de la norma penal puede resultar de la actuación de uno o varios agentes. En el primer caso, el mismo individuo delibera, planifica y ejecuta el delito, haciéndose cargo de todos los actos que se hacen necesarios para llevarlo a cabo o, al menos, para intentarlo. En el segundo - aunque la infracción puede, en abstracto, ser cometida por una sola persona - en realidad concurren dos o más individuos para producirla, compartiendo entre ellos el peso de la tarea criminal. En este último caso, tenemos la concurrencia de personas en un delito.

²⁰⁴ Requisitos que se pueden resumir en los siguientes elementos a verificar acumulativamente: (i) pluralidad de agentes; (ii) pluralidad de conductas; (iii) vínculo causal entre cada conducta y el resultado delictivo y (iv) acuerdo de voluntades, siendo este último el elemental que determinará la unidad del delito. Ya se ha discutido si la exigencia de pacto de voluntades, como vínculo psicológico o subjetivo entre competidores, debe entenderse como un "ajuste previo", llegando a la conclusión la doctrina mayoritaria en sentido negativo, sobre todo frente a los llamados delitos permanentes, a los que es plenamente admisible que un segundo o un tercero se sumen al plan del primero, en el curso de la ejecución, contribuyendo a la empresa delictiva.

el *intraneus* y el *extraneus* se unen por acuerdo de voluntades para la comisión de un delito especial²⁰⁵.

Por supuesto, si un *extraneus* no puede practicar de forma aislada un delito especial -no podrán practicarlo ni dos, ni siquiera una pandilla de individuos no calificados-, ahora, cuando esté calificado y no calificado (*intraneus* y *extraneus*) cometen juntos un delito especial, la atribución de responsabilidad plantea cuestiones importantes.

El hecho de que se requieran ciertas cualidades del infractor especial no da lugar a la imposibilidad que terceros no calificados (*extraneus*) puede dañar o poner en peligro el bien legal protegido, si bien en algunos casos es difícil imaginar la situación en cuestión, en otros la hipótesis no solo es completamente factible, sino que a menudo se verifica constantemente en la práctica, donde este sería el caso, por ejemplo, del delincuente de cuello blanco en el sector privado que presta asistencia material al funcionario que resta valores a la administración pública.

En detrimento de la responsabilidad penal de estas personas extrañas aboga el principio de legalidad, la cual da los límites exactos de esta imputación. Sin embargo, son objeto de constante debate en la doctrina extranjera; con énfasis en la alemana y la española, en El Salvador se creó la costumbre de recurrir a la disciplina del artículo 67 CP, que trata la llamada “comunicabilidad de circunstancias y cualidades”²⁰⁶, para afirmar la posibilidad irrestricta de tener la cualidad de *extraneus* por el delito especial en el que está involucrado, ya sea como autor o como partícipe. Tal como ha sido retomado por la Cámara Especializada de lo Penal, se: “debe resaltar el hecho que las diversas teorías y categorías dogmáticas

²⁰⁵ “La doctrina reconoce que un sujeto privado de calificaciones personales (*extraneus*) puede participar en la comisión de un delito cometido por un sujeto calificado (*intraneus*). Así, el ciudadano común podrá competir en la práctica de un delito propio”. Paulo José Costa, *Curso de derecho penal*, novena edición revisada y actualizada (Librería Saraiva, 2008) 139.

²⁰⁶ El artículo 67 establece “Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de alguno o algunos de los autores y partícipes, solo se tendrán en cuenta respecto de quien concorra o de quien hubiera actuado determinado por esas mismas circunstancias o cualidades. [...] La misma regla se aplicará respecto de circunstancias y cualidades que configure un tipo penal especial” Código Penal salvadoreño. El entendimiento según el cual la disposición en cuestión determinaría, como excepción a la regla general, la comunicabilidad de la calidad del *intraneus* al eventual *extraneus* que contribuya a la comisión del delito especial, permitiendo así distribuir las responsabilidades entre ellos según criterios como el aporte efectivo de cada uno a la comisión del delito, sin restricción alguna en materia de autoría.

deben ser interpretadas y aplicadas a la luz de lo prescrito por el Código Penal salvadoreño, siendo específicamente el Art. 32 al 37 CP”²⁰⁷.

Sin embargo, la pregunta no parece tan elemental, pues para enfrentarlo propiamente, será necesario no solo profundizar en el estudio de la estructura de los delitos especiales, sino también indagar en su sustrato material, es decir, su peculiar sentido normativo, así como pasar por la teoría de la autoría y la participación, en buscar un concepto o criterio de atribución de responsabilidad que demuestre ser capaz de resolver adecuadamente el tema propuesto.

"No se puede comprender la esencia de la injusticia de los delitos especiales satisfactoriamente desde los postulados de cualquier concepto de autor"²⁰⁸, dice Víctor Gómez Martín en vista de la multiplicidad de posibles conformaciones de la ilicitud, que van desde la menor contribución del participante *extraneus* en el delito idealizado, deseado y materialmente ejecutado por el *intraneus*, hasta que la situación se invierta estrictamente, si en la primera hipótesis no parece demasiado grave imponer la pena exclusivamente a los *intraneus*, en el segundo, el sentido de justicia exige algo más, entonces, ¿qué pasa con la instrumentalización del *intraneus* por el *extraneus*, en una situación típica de autoría mediata?

Por lo tanto, se comprueba que la búsqueda de la solución adecuada a estas y otras tantas posibilidades para configurar el concurso de *intraneus* y *extraneus* se trata necesariamente de la doctrina de la autoría y la participación, a partir de la cual es necesario indagar si los mismos criterios aplicables a los delitos comunes son adaptables a los delitos especiales, o si es necesario investigarlos sobre otras bases.

²⁰⁷ Cámara Especializada de lo Penal de San Salvador, *Sentencia de Apelación contra Sentencia Definitiva, Referencia 213-APE-14* (El Salvador, Órgano Judicial, 2015). Añade el tribunal que “la opción político criminal que toma el legislador salvadoreño es la de un concepto restrictivo de autor, frente a la idea del concepto unitario de autor en el que no importan los papeles individuales, sino que el todo del hecho, y se fundamenta en la doctrina del ‘acuerdo previo’ [...]. Para tal efecto y en atención a la naturaleza del derecho penal que es –finalista y funcionalista–, se puede concluir que existe una acción en el presente proceso, al haberse determinado la existencia de un comportamiento voluntario con una finalidad buscada, la cual provoca cambios a lo ya existente”.

²⁰⁸ Víctor Gómez Martín, *Los delitos especiales* (Madrid: Edisofer, 2006), 59.

3.3. Delimitación de los conceptos de autoría y participación penal.

3.3.1. Concepto unitario de autor.

El origen del concepto unitario de autor se encuentra en la teoría de la equivalencia de condiciones, expresión de la concepción causal del injusto penal donde la concurrencia de un fenómeno o consecuencia se encuentra antepuesto por varias causas, según la conocida fórmula de *conditio sine qua non*.

La intervención se toma así por la infracción y como tal, merece la desaprobación penal sin necesidad de indagar sobre su grado de importancia para el éxito final, es por ello que para el concepto unitario de autor, el vínculo causal se revela como el único criterio de relevancia jurídico-penal de una determinada conducta, así la relación causal entre conducta y delito es suficiente para afirmar el desempeño de la conducta típica por parte del interviniente, donde iguala todas las condiciones e identifica bajo la noción general de por qué -de ahí la expresión "equivalencia de condiciones"-, ya no existe una distinción intrínseca o incluso evaluativa entre las distintas contribuciones al delito, por ello se concluye que toda intervención vinculada causalmente al delito se califica como autoría.

Aquí está la principal consecuencia de esta concepción teórica, expresada igualmente en el sistema unitario o del concepto de autor, así como en las denominadas teorías negativas: la ausencia de distinción entre autoría criminal y participación, considerando como autor a todo individuo que aporta una causa al delito, no importa aquí si la identificación como autor de toda conducta de la contribución causal al resultado penal es el resultado de una creencia efectiva en la imposibilidad de distinguir entre intervenciones principales y auxiliares, o si proviene de una mera decisión político-penal²⁰⁹.

²⁰⁹ "[S]egún el concepto unitario de autor, no es posible distinguir entre la autoría de un delito y su participación en el mismo" *Ibíd.*, 257.

En este sentido, Hans-Heinrich Jescheck destaca que el concepto que la unidad de autor permite la eliminación de cualquier brecha de castigo²¹⁰, de cuya indeseabilidad pende un cierto consenso doctrinal.

La persistencia de sistemas que adoptan la concepción unitaria de autor es evidencia contundente que, en la actualidad, el modelo responde efectivamente a un cierto anhelo político-criminal de entender el crimen como un trabajo común de todos los actores igualmente responsables y de castigarlos por igual, con independencia y autonomía en relación con su comportamiento de los demás.

En esta línea, una concepción unitaria en los tiempos actuales ya no es asociada directa y necesariamente a la aprehensión del delito bajo la perspectiva puramente causal, habiéndose desprendido en cierta medida, de ese primer fundamento en la teoría de la equivalencia de condiciones; la elección del modelo se justifica como una simple preferencia por valorar la aportación de cada sujeto solo a la hora de fijar la sanción, en concreto y no antes de la adecuación de la conducta.

Es importante para las hipótesis de competencia de personas, la sistemática de la autoría individual única, de la que el autor es única y plenamente responsable del delito, quedando su conducta directamente subsumida en el tipo de delito, siendo la consecuencia de esta propuesta, en materia de codelincuencia, la atribución, de una vez, de responsabilidad por la totalidad del delito a todos y cada uno de los colaboradores²¹¹. Según el modelo unitario formal, la construcción clásica y anclada en el dogma causal, todos y cada uno de los individuos que intervengan en el crimen serán sin más distinciones, su autor.

Ya conforme al modelo unitario funcional de autor, más moderno, aunque todos los colaboradores son considerados autores, formalmente se distinguen categorías o

²¹⁰ Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de derecho penal: parte general*. Traducción por José Luis Manzano Samaniego (Granada: Comares, 1993), 587.

²¹¹ Esta propuesta conduce a la negación de la idea de auxiliar, que hace que las conductas de participación (secundaria) dependan de la autoría (principal) según los sistemas que, como se verá más adelante, adoptan un concepto restrictivo de autoría; la negativa a apreciar una diferencia relevante entre las distintas formas de intervención en un solo momento implica a su vez, la negación de cualquier vínculo de adhesión entre las responsabilidades de los diferentes participantes en un mismo, concibiendo esta como el trabajo de varias personas, en el de uno ayudado por otros.

formas de intervención en el delito; la legislación austriaca, por ejemplo, prevé tres tipos de autoría: autoría mediadora, autoría por determinación y autoría por contribución.

La clasificación en cuestión diferencia el modelo unitario formal de modelo unitario funcional, en la medida en que la intervención en el delito, a pesar de transitar fatalmente en el ámbito de la autoría, no siempre se interpreta de la misma manera, sino que se identifican distintas formas en las que se manifiesta, y aunque tal diversidad no interesa desde el punto de vista de la valoración del comportamiento, que es el resultado de una elección político-criminal, sigue siendo relevante como aprehensión del sentido mismo de la conducta.

El concepto unitario de autor, en cualquiera de sus aspectos, fue objeto de varias críticas a la doctrina; es así que en la actualidad, hay pocas leyes occidentales que la mantengan vigente, no sin las reservas de los juristas; tales críticas, bien razonadas, se pueden resumir en tres puntos fundamentales.

La primera es que la conceptualización de la autoría en este modelo está originalmente sustentada en la noción de causalidad, aunque hoy puede basarse en una perspectiva político-criminal; como se ha dicho, el autor es todo aquel que interviene en el delito, y toda intervención se determina a partir de la causalidad del resultado. Este es el único criterio por el cual el delito es atribuible a uno o más sujetos, pues, resulta que no todos los delitos se definen únicamente por el resultado que se pretende frenar e incluso en estos, es razonable suponer que no todas las formas de causalidad son de interés para el derecho penal²¹².

²¹² Lo que llama la atención en la teoría de la imputación objetiva, es que, al proponer para las infracciones comisivas, la adopción del criterio de riesgo que se desapruueba legalmente en el análisis de la consecución del tipo objetivo. "(...) Sólo es posible desapruobar legalmente aquellas conductas que conlleven riesgos especiales de producción de lesiones típicas, estos riesgos especiales no se determinan atendiendo a grados de probabilidad, sino, sobre todo, a la competencia de determinadas circunstancias que rodean la posibilidad de producción de daño. (...) del mismo modo, otros riesgos también constituyen un motivo para legitimar la limitación de la libertad (...) Por lo que, tales riesgos existen sin motivo para legitimar la desaprobación de la conducta, estas conductas de ninguna manera se adecuan al razonamiento de injusto (de la acción). objetivo requerido por los tipos consumados". Wolfgang Frisch y Ricardo Robles Planas, *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en derecho penal*. (Montevideo: BdeF, 2006, reimpresso en 2012).

Tal interpretación causal de la autoría sin duda hace que uno pierda de vista la tipicidad, que consolida en el ámbito penal uno de los principios jurídicos más básicos del estado de derecho, que es la legalidad; en la medida en que la práctica del delito deja de estar estrictamente ligada a la realización de la conducta que se ha descrito normativamente, se pierde toda la función garante del tipo.

Por otro lado, la hermenéutica de todo aporte al delito como autoría, entenderlo como una obra común, y no por uno -o más- individuos ayudados por otros, implica también -así se entiende- una expansión errónea del sentido de lo injusto, a partir de la cual el concepto unitario de autor es incapaz de percibir la desvalorización concreta de la conducta de cada interviniente en la infracción, además de conducir, a nivel político-criminal a una indeseable expansión de la represión.

Aquí tiene importancia la tercera de las críticas a la concepción unitaria, donde se destacaron las dificultades que implica la solución de casos que involucran la práctica de delitos que presentan en su configuración típica algún tipo de restricción en cuanto a la autoría, como los delitos de propia mano, los delitos de omisión y especialmente aquellos de los que trata con este estudio: los delitos especiales.

Aunque es el tema de la coautoría en esta constelación criminal, se argumenta que la censura de la adopción del concepto unitario en delitos especiales se justifica básicamente porque el concepto es de alguna manera incompatible con ellos, en la medida en que ya que es incapaz de aprehender adecuadamente la diferencia de desaprobación entre las conductas del *intraneus* y del *extraneus*.

Ello se explica por una cuestión muy sencilla, como se ve, el concepto de la unidad de autor no admite la participación como modalidad diferente de intervención en el delito, pues cualquiera que contribuya al crimen es necesariamente un autor; dado que este es el núcleo del concepto unitario, aplicado a delitos especiales sólo podría conducir a dos posibles resultados, dependiendo exclusivamente de la importancia que se le dé al aspecto causal como determinante para la atribución de autoría.

En la primera de las hipótesis, prevalecería la causalidad para afirmar que cualquier individuo que defiende una causa para el éxito final, *intraneus* o *extraneus*, respondería por título de autor, por tanto, se ignoraría el sentido de la restricción propia de los delitos especiales, que, se entiende, conduciría a soluciones contrarias al espíritu de la ley -que preveía la limitación del círculo de posibles perpetradores- y por lo tanto, insatisfactorias.

En la segunda y última hipótesis, la causalidad daría paso a la tipicidad de delito especial y la aplicabilidad del concepto unitario quedaría restringida al núcleo de sujetos calificados, donde los resultados concretos a los que llevaría la adopción de esta solución no serían menos deseables, ya que el conjunto de *intraneus* respondería necesariamente como los autores del agravio especial, ningún *extraneus* afectaría sus decisiones, quedando fatalmente impunes, independientemente del grado efectivo de contribución.

Nótese la importancia de tales consideraciones, especialmente en una circunstancia en la que se multiplica la incidencia de delitos especiales, principalmente en delitos económicos o ambientales; más que nunca, la cuestión de la autoría en tales delitos se vuelve imperativa.

3.3.2. Teorías negativas de la participación en sentido estricto.

Las teorías negativas de la participación en sentido estricto no son más que el corresponsal teórico del concepto y sistema unitario del autor, las cuales se oponen a todas las llamadas “teorías positivas de la participación” que, para conceptualizar al autor, admiten su distinción en relación con el participante.

Por lo tanto, las teorías negativas son aquellas que no reconocen una delimitación de la autoría con relación a la participación, negando la existencia misma de esta clase de intervención y responsabilidad penal. Dada la poca trascendencia dogmática de estas teorías, que se confunden con el concepto unitario de autor en sí, parece no ser necesario un mayor estudio en esta investigación; basta mencionar la existencia de visiones minoritarias en la doctrina que se encuentran dentro del ámbito del sistema unitario y las propias teorías negativas, además al concepto

unitario, también la denominada concepción extensiva de autoría, que se justifica por el reconocimiento de puntos estructurales comunes entre ambos conceptos²¹³.

3.3.3. El sistema diferenciador.

Este sistema incluye todas las teorías diferenciadoras o positivas que operan con dos tipos diferentes de intervención criminal: la autoría y la participación en sentido estricto, rompiendo el automatismo del sistema unitario que devolvía a la categoría de autor a todas y cada una de las formas de contribución al delito.

Bajo el sistema de diferenciación, los conceptos extensos generalmente tratan de manera restrictiva al autor y las teorías de participación vinculadas, con énfasis en las teorías subjetivas, objetivas y las relacionadas con el criterio de dominio; todas serán analizadas brevemente en sus formulaciones más conocidas en las siguientes líneas.

El punto común entre todas estas teorías es que proporcionan un criterio por el cual la condición de autor o participante es admitida o conferida a alguien, pues, radica precisamente en reconocer la necesidad de buscar un método de diferenciación entre ambas formas de contribución al delito.

A pesar de la clasificación del concepto extenso de autor como integral del sistema diferenciador, no se puede negar que es el modelo restrictivo, diferenciador por excelencia, ya que es el que mejor capta la esencia de las teorías positivas, colocando, como se verá, la distinción entre autoría y participación dentro del alcance de lo injusto en sí mismo, y no de la mera culpa.

²¹³ Elena Górriz Royo, *El concepto de autor en derecho penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 230-231. La autora destaca la dificultad que entraña la localización doctrinal del concepto extensivo de autor, tratado a continuación bajo la rúbrica del sistema diferenciador, para el autor, la existencia de rasgos comunes entre tal concepto y aquel unitario justificaría una cierta tendencia doctrinal de equivalencia entre ellos. Si bien se reconoce la existencia de estas similitudes, la aceptación, por concepto extensivo, de una distinción típica entre autoría criminal y participación parece justificar suficientemente su clasificación bajo la rúbrica del sistema diferenciador.

3.3.3.1. Concepto de autor extenso.

El concepto extenso de autor, aunque conduce a soluciones concretas que distancianse de los resultantes de la adopción del concepto unitario, comparte los mismos fundamentos teóricos, es por ello que, como ya se señaló, hay autores que incluyen ambos modelos bajo una misma rúbrica, dando mayor protagonismo a sus similitudes que a los puntos de divergencia²¹⁴.

El fundamento común para ambas concepciones de autoría está en la exposición teoría de la equivalencia de condiciones y, por tanto, en la concepción causal del propio injusto.²¹⁵

Las consecuencias de adoptar tal punto de partida en el campo de la responsabilidad penal ya son conocidas: para los defensores del concepto extenso de autor, así como para los defensores del concepto unitario, no existe diferencia sustancial entre las distintas formas de contribución al delito, todas ellas valorativamente equivalentes, merecedoras del concepto de autoría.

Independientemente de si la teoría de la equivalencia es la orientación teórica que subyace al concepto extensivo de autor, los obstáculos concretos le impiden repercutir en la práctica - a diferencia de lo que ocurre con el concepto unitario -, ya que el concepto extensivo se fundamenta en sistemas jurídicos que distinguen las conductas autor y participante, con un obstáculo normativo a la extensión de la autoría a cualquier forma de causalidad del resultado delictivo.

²¹⁴ *Ibíd.*, 103. En este sentido, las consideraciones de Elena Górriz Royo son en relación que “la ubicación del concepto extensivo de autor suele ser más problemática pues si bien, en principio, puede parecer vinculada al sistema diferenciador, de un análisis más detenido se desprende que, en realidad, se asemeja, en mayor medida, al sistema o concepto unitario, hasta el punto en que, para algunos autores, cabe emplear en sentido equivalente los términos ‘extensivo’ y ‘unitario’”. La autora alude posteriormente a la opinión de Enrique Peñaranda Ramos, para quien el concepto unitario sería una variedad del concepto extenso de autor. *Ibíd.*, 241.

²¹⁵ “El fundamento dogmático de esta teoría – coincidiendo hasta aquí con el concepto unitario de autor – es la idea de la equivalencia de todas las condiciones del resultado, que sirve de base a la teoría de la condición. A su tenor, es autor todo aquel que ha contribuido a causal el resultado típico, sin que su aportación al hecho tenga que consistir en una acción típica” Jescheck, *Tratado de derecho penal, parte general*, 591.

La combinación del concepto unitario de colaboración al crimen con la legislación penal que disciplina la participación condujo a la formulación del concepto extensivo de autor, según el cual el partícipe tiene tal calidad no porque su contribución al delito sea en sí menos relevante, sino porque la ley prevé expresamente una hipótesis que limita su castigo.

Así, la participación en sentido estricto es una modalidad de intervención en el delito reconocida por el concepto extenso de autor y considerada como causa de la restricción de la pena, al no ser por la opción manifiesta del legislador, que debe entenderse y sancionarse como autoría, por tanto, se concibe como una excepción a la regla general según la cual causalidad es igual a autoría.

Después de todo, si el delito especial consiste precisamente en una categoría típica restrictiva del círculo de posibles autores, que sólo pueden ser *-intranei-*, la hipotética punibilidad de *extraneus* debe entenderse como una causa extensiva de castigo, y no al revés, pues el mismo razonamiento se aplica a otras categorías que limitan la autoría, como los delitos de propia mano y las omisiones impropias.

3.3.4. Teorías subjetivas de la intervención criminal.

Las llamadas teorías subjetivas de la participación generalmente constituyen el corresponsal teórico del extenso concepto de autor; estas teorías pretenden esclarecer los criterios por los que se distinguen las responsabilidades de autor y participante en un contexto en el que por un lado, no se reconoce diferencia objetiva entre las distintas aportaciones causales al delito y por otro, la existencia de cualquier diferenciación es un imperativo legal.

Las teorías subjetivas se ocuparon, precisamente, de buscar este criterio factor diferenciador en el único ámbito del que podría extraerse: el estado de ánimo de los intervinientes.

Después de todo, dada la equivalencia de contribuciones desde una perspectiva objetivo-causal, no había otra alternativa que el uso de un criterio subjetivo que

dijera en qué hipótesis un sujeto sería autor y en qué otra partícipe, tal es el contexto floreciente de las teorías subjetivas de la intervención criminal²¹⁶.

Para los defensores de las teorías subjetivas, la distinción esencial entre autores y partícipes residiría en el testamento que guiaría sus acciones o en el interés en relación con el resultado delictivo.

Así, el autor sería aquel que independientemente de su grado efectivo de contribución material al crimen, actuaría con *animus actoris*, es decir, desear el hecho delictivo como propio -teoría de la intención- o tener un interés personal en él -teoría del interés-, mientras que el partícipe sería identificado como el sujeto que actuaría con *animus socii*, en otras palabras, aprehender el delito como un hecho ajeno o en interés de los demás.

Sumado a lo expuesto, las teorías subjetivas no consiguen resolver bien el tema de la competencia de las personas en delitos especiales, como se verá, ya que en esta clase criminal las fórmulas de "querer el hecho como propio" o el interés personal por el delito de nada sirve que el vínculo del sujeto calificado con el hecho típico es ante todo normativo, y la restricción legal a la autoría se explica por consideraciones de orden objetivo.

Aunque en su mayoría se descartan, algunos aún son verificables en relación con la aplicabilidad de teorías subjetivas, la mayor prueba de su efectividad actual se encuentra en la denominada "teoría del acuerdo previo", orientación predominante del Tribunal Supremo español hasta finales de los años sesenta, pero aún resonante en la jurisprudencia de ese país, a pesar de la censura de los estudiosos.

Según la "teoría del acuerdo previo", en caso de concurrencia de autores, la atribución de responsabilidad como autoría dependería únicamente del elemento subjetivo consistente en la anterior resolución conjunta de practicar el hecho entre

²¹⁶ "Si la autoría y participación -dada su equivalencia desde una perspectiva causal-, no pueden diferenciarse objetivamente, sólo existe la posibilidad de buscar tal distinción en un criterio subjetivo. Por tanto, el concepto extenso de autor está ligado a la teoría subjetiva de la participación". Jescheck, *Tratado de derecho penal, parte general*, 591.

varias personas, donde la principal consecuencia es la consideración como autores de todas las personas que, previamente pactadas, forman parte de una empresa delictiva, independientemente del aporte material real de cada una, por eso, por todas las razones ya expuestas, tal orientación de la jurisprudencia española merece las mismas reservas de las teorías subjetivas.

Pero incluso si las críticas a las teorías subjetivas son abundantes y contundentes, hay que reconocer que fueron responsables de algunos avances relevantes en el campo de la dogmática de la responsabilidad jurídico-penal, avances que se relacionan precisamente con el énfasis en aspectos subjetivos de la conducta que, si bien sostenidos, no deben en términos generales, suplantar los elementos objetivos; sin embargo, al menos en una situación particular, la regla general merece romperse, que esta es la hipótesis de la autoría mediata.

En los casos de autoría mediata, la atribución o reconocimiento de la autoría del sujeto detrás -el autor mediato- se debe al albacea -el "autor"²¹⁷ inmediato o material-, aunque practica personalmente la acción típica, actúa sin voluntad o libertad para actuar -ambos elementos presentes en la conducta del autor mediato-, el "autor" material se convierte así en un mero instrumento del hombre de atrás.

Es imperativo reconocer que, entre las que podrían llamarse "teorías puras" de intervención criminal -teorías negativas, teorías subjetivas y teorías objetivas-, solo las teorías subjetivas lograron captar y resolver bien el problema de la autoría mediata, en el que existe una clara ruptura entre la ejecución del delito y la voluntad que guía su comisión.

En estos casos, en los que la voluntad está completamente dissociada de los actos, como estos últimos son practicados por un individuo que carece de libre albedrío -instrumento-, las responsabilidades de los intervinientes sólo pueden definirse satisfactoriamente dando primacía a la actitud mental del sujeto de atrás -el autor

²¹⁷ Es por ello que el uso de la palabra "autor" entre comillas cuando se hace referencia al ejecutor material, a quien no se le puede atribuir la responsabilidad como autoría, ya sea porque no se lleva a cabo de manera finalista, bien porque no se le puede atribuir típicamente la generación de riesgo reprochable.

mediato-, este es el gran mérito de las teorías subjetivas aunque, la evolución dogmática del propio concepto de autoría mediata ha llegado a exigir algo más que la simple valoración del concepto de autoría mediata como ánimo para la solución satisfactoria de casos concretos.

Por lo antes expuesto resulta importante conocer la estructura de los delitos y la clasificación que el legislador hace de ellos, con la finalidad de poder determinar los elementos necesarios y limitantes que contienen.

3.4. Delito especial *versus* delito común.

Resulta importante determinar que la doctrina tiene la costumbre de definir el delito especial en oposición al delito común, utilizando la regla para explicar la excepción; así, es común encontrar en los manuales de derecho penal nacional e internacional, y también en algunos trabajos más específicos, que la distinción entre figuras delictivas comunes y especiales obedecería a una clasificación de tipos delictivos según su sujeción activa; así, los delitos comunes serían los que cualquier persona pudiera cometer, mientras que los delitos especiales se caracterizarían por restringir la categoría de sujeto activo a una clase específica de individuos.

De esta manera, las infracciones comunes constituirían la gran mayoría de las infracciones penales conocidas, de cuya fórmula jurídica genérica se deduce, pueden ser cometidas por cualquier persona física²¹⁸; en Alemania y en países de origen hispano, el legislador tiene la costumbre de describir el comportamiento típico de los delitos comunes asociando al verbo nuclear las expresiones “quien” o “aquel que”, para designar al sujeto activo indeterminado.

Los delitos especiales, por el contrario, serían aquellos cuyos moldes típicos fueron diseñados por el legislador para limitar el círculo de sujetos activos a un determinado

²¹⁸ "La mayoría de los tipos penales se configuran sin más exigencias sobre el sujeto activo que derivan de una persona humana, por lo que estaríamos ahí en presencia de un sujeto activo genérico e indiscriminado y, por tanto, la realización del tipo podría ser realizada por cualquiera [...], es por ello que estos tipos se denominan comunes". Tomás Salvador Vives Antón y Manuel Cobo del Rosal, *Derecho penal parte general*, quinta edición (Valencia: Tirant lo Blanch, 1999), 355

grupo de personas, según cualidades especiales descritas o presupuestas en la fórmula jurídica, tales como la condición de padre o madre, empleado o agente público, autoridad, abogado, médico, socio, gerente de una institución financiera, entre otros; en todos estos delitos penales, el legislador habría reducido el alcance de la categoría de sujeto activo, excluyendo de ella a todos aquellos individuos que no posean las cualidades requeridas por la letra o por el sentido del tipo.

Esta limitación típica llevaría a la conclusión de que tales actos delictivos solo podrían ser cometidos por aquellos individuos que reúnan las características exigidas por el tipo delictivo (el *intraneus*), con las otras personas (los *extraneus*) legalmente incapaces de practicarlos.

A pesar de que el citado concepto de delito especial es ampliamente aceptado en la doctrina, ya se detecta una falla en su construcción, que consiste precisamente en la impropiedad o imprecisión del uso de la noción de "sujeto activo" para referirse al objeto de la limitación que constituye la nota característica de esta clase criminal. Esto se debe a que -esto es el entendimiento aquí apoyado-, el objeto de restricción de la infracción especial no cubre toda la categoría del sujeto activo, sino que solo llega al círculo de posibles autores de la conducta descrita en el tipo.

Aunque es común ver en la doctrina el uso indistinto de las expresiones "autor" y "sujeto activo", no se confunden, coincidiendo solo circunstancialmente en los casos en que el delito es cometido íntegramente por un solo individuo -autor individual-. Entonces, como enseña Martínez Buján Pérez, los conceptos de "sujeto activo" y "autor" pertenecen a dos planos jurídicos distintos, por lo que no pueden equipararse²¹⁹.

La categoría de "sujeto activo" alude al sujeto abstracto que integra la proposición normativa y por tanto, concierne al alcance de la formulación típica, el significado del término "autor", que se refiere al nivel de realización del significado de la

²¹⁹ Renato de Mello Jorge Silveira. *Delitos sexuales: bases críticas para la reforma del derecho penal sexual* (Barrio Latino, 2008), 84. Esta necesaria distinción también se da entre las nociones de víctima y sujeto pasivo, como explica Renato Silveira, en este caso, el concepto de víctima es más amplio que el de sujeto pasivo, llegando a todos aquellos que sufren daños considerables como consecuencia de la infracción penal.

conducta típica es diferente, y como se describirá más adelante, tiene un carácter descriptivo, como a este individuo indeterminado de la proposición normativa se le atribuyó la práctica de la totalidad de la conducta típica, sólo es posible identificarlo con la figura del autor en la hipótesis de que es el único interviniente a quien se le atribuye el delito, de nuevo, el caso del único autor.

Por el contrario, si nos enfrentamos a la comisión de un delito en un concurso de agentes, la categoría del sujeto activo ya no se identificará con la figura del autor, sino que se referirá a todo individuo que participe en la práctica delictiva, ya que se le puede atribuir independientemente del tipo de contribución: si es principal, autoría (o coautoría); si es accesorio, participación²²⁰; por lo tanto, ambos tipos de intervención delictiva, autoría y participación, constituyen formas de sometimiento activo. Sin embargo, la participación no sufre la misma restricción que las infracciones especiales que imponen a la autoría, precisamente porque constituye una injusticia, si bien accesoria, distinta de la principal.

Esto significa que el objeto de limitación del delito especial se limita a la categoría de autoría y no a ninguna forma de sujeción activa²²¹, dado que, en caso de competencia de agentes, el *extraneus* nunca puede responder como autor., no obstante, no existe ningún impedimento aparente para sancionar su intervención como participación en sentido estricto.

Tal comprensión no es más que una consecuencia de la adopción de un concepto restrictivo de autor, donde el castigo de la participación en sentido estricto depende de una regla general y extensiva, en el sentido que tipifica la conducta del autor, es

²²⁰ Entendemos dentro de la teoría del autor el estudio del sujeto activo del delito como persona susceptible de acción penal y responsabilidad, y se decide, como posible sujeto de derecho.

²²¹ De ahí la relación entre los conceptos distintos, pero vinculados, de "autor" y "sujeto activo", para Elena Górriz Royo, según la cual: "[l]a admisión de estas notas distintivas que configuran al sujeto activo y al autor como momentos ineludibles en el análisis de la relevancia de la conducta, pero conceptualmente distintos, no implica., sin embargo, que sean figuras desconectadas, por el contrario, su relación viene dada por la idea de que el sujeto activo, como elemento de la formulación típica, circunscribe el ámbito de los posibles autores. (...) Este entendimiento revela el efecto práctico de excluir la consideración de los autores de una determinada figura delictiva, sin cumplir con las condiciones expresadas para el sujeto de la formulación jurídica" Górriz Royo, *El concepto de autor en derecho penal*.

decir: si por un lado, la atribución de responsabilidad como autoría depende de la identificación de la conducta practicada con el significado del tipo delictivo (a través de cualquiera de los criterios materiales que se considere revelan este significado), en la otra, la responsabilidad por participación deriva de la aplicación de otra norma, según la cual la conducta del co-causante merece reprobación penal, aunque no derive directa y exclusivamente del sentido de tipo, pues las normas otorgan importancia jurídica y penal a las actividades realizadas por terceros no calificados, por lo que entran en la categoría de coautores.

También se desprende de la distinción conceptual entre autoría y participación, que activa el entendimiento según el cual la norma que tipifica el delito especial se dirige no solo al sujeto calificado, sino a todos los ciudadanos – *intranei* y *extraneus* -, porque cualquiera está en posición de faltarle el respeto, incluso si solo el *intraneus* puede violarlo como autor²²²; por tanto, no cabe duda de la existencia de un vínculo diferenciado entre un sujeto calificado (*intraneus*) y la norma que tipifica el delito especial o el bien jurídico amparado por él -vínculo que justifica la restricción de posibles autores- con una limitación genérica a los destinatarios del imperativo normativo.

En resumen, el concepto de delito especial es cualquier delito cuyo tipo describa una conducta susceptible de comisión por medio de la autoría solo por un grupo limitado de individuos (el *intraneus*), porque tienen alguna cualidad o condición especial exigida por ley.

Por lo tanto, se puede decir que los delitos especiales consisten en tipos penales con restricciones a la autoría; en ese sentido, el motivo para distinguir entre las limitaciones en el campo de la autoría que dan lugar a tipos penales especiales y las que no nos conducen a uno de los principales objetivos de esta investigación: el

²²² Ferré Olive, Juan Carlos. "Autoría y delitos especiales". En *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos - in memoriam*, volumen 1(España: Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, 2001), 636-637. El autor también realiza un descargo de responsabilidad, y enfatiza que la idea de limitar el ámbito de los destinatarios de la norma se refiere al pensamiento de Karl Binding y lleva a la conclusión de que no habría subordinación del *extraneus* a la regla especial, pues cuya consecuencia es la impunidad en relación con cualquier conducta que pueda lesionar el interés jurídico protegido.

fundamento material de los delitos especiales, o mejor dicho, el sentido legal de limitar la lista de posibles perpetradores que operan en estos delitos, y esto es así por la sencilla razón de que dicha limitación no se da a expensas de obstáculos circunstanciales de carácter material, sino por una relación diferenciada entre sujeto calificado y bien jurídico protegido.

En cuanto al requisito de preexistencia de la condición personal, esto significa que es necesario que antes de realizar la conducta descrita en el tipo penal, el individuo ya esté en condiciones de asumir una eventual posición de autor, es decir, que pueda ser identificado desde entonces como sujeto calificado, de lo contrario, cuando la calificación requerida sobreviene la práctica del delito, no tiene sentido la afirmación de un vínculo especial con la norma que justifica la posibilidad restringida de responder como autor.

Por otro lado, no se requiere la permanencia de la cualidad especial, lo que puede representar una situación transitoria, siempre que no sea externa al agente; finalmente, en cuanto al concepto de agravio especial, es importante aclarar que se trata de una formulación doctrinal utilizada en el ámbito de la teoría del delito, lo que implica y justifica la existencia de una pluralidad de definiciones e incluso de terminologías utilizadas por diferentes autores para designar esta clase de delitos, así como divergencias en cuanto a los tipos penales que la integrarían.

Un motivo más para hacer uso, al menos por ahora, de un concepto amplio -aunque con algunos límites esbozados en las siguientes líneas- que sirva al lector como herramienta básica desde la que se podrán discutir las diferentes propuestas doctrinales relacionadas con el tema.

3.5. Distinción entre delitos especiales y figuras similares.

3.5.1. Delito especial *versus* delito de propia mano.

Sin riesgo de incurrir en yerro, se puede afirmar que la figura relacionada con las infracciones especiales con las que se confunden más comúnmente es la de las

denominadas “infracciones de propia mano”; parece haber cuatro razones principales que conducen a tal confusión: (i) el mencionado y extendido uso de la nomenclatura “delitos propios” para designar la clase de delitos especiales; (ii) el hecho que ambas clases presentan restricciones a la categoría de autoría derivadas del supuesto hallazgo de un vínculo diferenciado entre un sujeto determinado y el tipo de delito; (iii) también, la existencia de figuras típicas que integran ambas clases delictivas; y (iv) finalmente, el hecho que se trata de clasificaciones poco exploradas por la doctrina, que pocas veces se ha dedicado a un análisis más detallado de las cuestiones que surgen en el tema de la competencia de autores.

Como se vio, la clase de delitos especiales incluye aquellos tipos delictivos que tienen restricciones en términos de autoría a ciertos temas (*intra-neus*), los cuales poseen determinadas cualidades de carácter personal o jurídico, expresadas o presupuestas en el tipo; por otro lado, los delitos personales son parte de la clase de aquellos que, según la doctrina dominante, solo pueden ser cometidos como autoría por la persona que realiza personalmente -a través del contacto corporal- la conducta típica, y no forma de comisión criminal indirecta, por lo que está permitido o incluso compartido.

La autoría de propia mano se opondría entonces, a la denominada "autoría de la mano ajena" o autoría mediadora, dado que la ejecución de los delitos por propia mano no permitiría -nuevamente, según la opinión mayoritaria- la instrumentalización de terceros, dada la exigencia de la práctica directa y personal²²³; a pesar de la existencia de rasgos comunes entre las categorías penales analizadas, ambas se caracterizan por la combinación de tipologías delictivas con restricción en cuanto a la autoría, existen claras diferencias que se refieren tanto al origen o justificación de dicha restricción como a su extensión. En ese sentido, la Cámara Especializada de lo Penal establece que en la tesis de: “los

²²³ El mismo Zaffaroni expone la excepción a esta regla general, que recuerda que hay un caso de autoría directa que, como ocurre con la autoría mediata, no se admite como delito en la propia mano: es aquella hipótesis en la que un individuo utiliza un instrumento que no realiza una conducta (ausencia de acción humana), como cuando, empujado por el autor (directo), el instrumento cae sobre un tercero, que provoca daños corporales. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal: parte general volumen 4* (Buenos Aires: Ediar, 1995), 340.

“delitos de propia mano”, solo es responsable quien estrictamente realiza la conducta contenida en el verbo rector de un determinado tipo penal”²²⁴.

En los delitos personales, la limitación de la autoría al sujeto que personalmente realiza la conducta típica no es más que una consecuencia lógica que resultaría de la propia situación fáctica normativa, mientras que en los delitos especiales, la restricción del *intraneus* proviene de una decisión legislativa, expresada en forma de redacción del tipo y por tanto, es de carácter normativo; en ese sentido, no es lo que se deriva de la estructura de los delitos especiales, pues en estos existe una clara y previa limitación a la autoría de los individuos no amparados por el sentido del tipo penal, es por ello que son considerados *extraneus*, pues tienen prohibido responder como autores en cualquiera de esas modalidades de dominio que ejercen: directo, indirecto o compartido, según lo establezca el legislador. Es así como todas las formas de autoría están restringidas, entendiéndose que el particular solo podría ser partícipe, independientemente de su contacto corporal con el logro típico.

En cuanto al fundamento, se disputa la base moral a la que originalmente se vincula, lo que se deduce fácilmente de las lecciones de Hans Welzel, para quien "hay crímenes en los que lo decisivo injusto no es la producción de un resultado dirigido de manera final, sino la realización corporal de un acto reprobable como tal, así el acto es, en sí mismo, ético-socialmente impuro o reprobable "²²⁵; en ese sentido la idea de impureza inherente a la conducta del autor de ciertos delitos es una rancidez innegable de un vínculo cuestionable entre los campos del derecho y la moral, a través del cual se legitima una acción paternalista del Estado-Juez, más enfocada a la protección de las personas de sus propias “perversiones”, que de los bienes jurídicos afectados.

²²⁴ Cámara Especializada de lo Penal de San Salvador, *Sentencia de Apelación contra Sentencia Definitiva*, Referencia: 230-234-APE-2016 (El Salvador: Órgano Judicial, 2016).

²²⁵ Hans Welzel, *Derecho penal alemán: parte general*. Traducido de la undécima edición en alemán por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976), 112.

La protección de los bienes jurídicos es por cierto, una segunda y fuerte crítica de los opositores a la idea de delitos denominados de propia mano, para la cual no tiene sentido limitar esa protección a los ataques directos cuando no existe un impedimento fáctico para una agresión mediata; contrariamente a lo que se suele defender, a juicio de estos autores, no existiría impedimento técnico para la aceptación de la construcción de la autoría mediata como forma de atribución de responsabilidad basada en una idea de dominio, también en estos delitos.

3.5.2. Delito especial *versus* delito de omisión.

Menos evidente es la aproximación entre las cifras del delito especial y el delito de omisión indebida, o comisión por omisión, es decir, aquel que asocia un resultado prohibido con un no hacer, responsable no de su causalidad, en términos naturalistas, sino por su no evasión normativa ²²⁶; en ese sentido, para hablar de infracción de un deber positivo, debe haber un sujeto determinado al que se vincula el deber en cuestión, por eso se puede decir que los delitos omisivos también son delitos penales con restricción en cuanto a la autoría, después de todo, sólo es posible imputar responsabilidad bajo tal título al individuo que sometido a cierto deber de actuar, no lo cumple.

Por lo anterior, no toda omisión se considera relevante desde el punto de vista jurídico penal, sino solo la que proviene del sujeto que según el derecho penal, se encuentra en una posición especial para evitar el resultado devaluado -posición de garante²²⁷-; en la comisión por defecto, un resultado normalmente producido a través de una conducta activa -por ejemplo, muerte- está vinculado a la falta de acción positiva por parte de quienes tenían el deber de asegurar la indemnización del bien jurídico protegido, así los ejemplos clásicos del progenitor que no alimenta

²²⁶ Santiago Mir Puig, *Derecho penal: fundamentos y teoría del delito*. Traducción de Claudia Viana García y José Carlos Neto, 2007, 112. El autor prefiere la nomenclatura "comisión por omisión" a "omisión improcedente", dada la existencia de autores que utilizan esta última para designar los casos en los que la omisión punible no está expresamente prevista por la ley, sino que se entiende que surgen del sentido criminal.

²²⁷ Gómez Martín, *Los delitos especiales*, 39. Es este requisito en cuanto al cargo de garante de la indemnización del bien jurídico lo que caracteriza el delito de comisión por omisión como restrictivo del círculo de posibles autores.

al recién nacido y del profesor de natación que, al poder hacerlo, no evita el ahogamiento del niño a su cargo. En ese sentido los terceros no sujetos a tal deber de protección del bien jurídico no podrían responder, como autoría, por el delito de homicidio en comisión por omisión, como máximo podrían responder por cualquier omisión del deber de auxilio -delito de propia omisión-, con base en un deber genérico de solidaridad -artículo 20 CP²²⁸-.

La Sala de lo Penal ha mantenido una línea clara en relación con dicha temática, pues determina que "[e]n el Art. 20 Pn., se prevé la imputación de un resultado dañoso a la persona que, en razón de un deber jurídico, tuviere la obligación de actuar a fin de evitar dicho resultado"²²⁹. En consecuencia, es la omisión del deber de actuar lo que origina el resultado, cuando tal resultado era previsible y evitable, según las circunstancias del caso en particular que se juzga"²³⁰. Posteriormente, en 2013 se pronunció determinando que "[l]os delitos de comisión por omisión o impropios de omisión, son aquellos en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material"²³¹.

La Sala sostiene que para que se aplique la comisión por omisión requiere elementos fundamentales, a saber: "1) (...) Que el sujeto no haya hecho lo que se espera de él, (...) éste debe estar en posición de garante (...) las fuentes de las que pueda surgir esta posición, la ley, el contrato y la previa condición de un riesgo-. 2) Que ese no hacer equivalga a un hacer (...) 3) Que, si el sujeto en posición de garante hubiese realizado la acción esperada, se hubiera evitado el resultado"²³².

De ello se puede determinar que la restricción de la autoría a determinadas personas lleva a parte de la doctrina e incluso a la jurisprudencia a tipificar como especiales los delitos de omisión indebida, como ya se dijo, la similitud entre las dos

²²⁸ Código Penal Salvadoreño. La regla no se aplicaría a la responsabilidad penal por participación en sentido estricto.

²²⁹ Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación 22CAS2015*.

²³⁰ Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación, Referencia: 44-CAS-1998* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1999).

²³¹ Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación 10C2013*.

²³² *Ibíd.*

estructuras es suficiente para afirmar que los delitos de comisión por omisión son una especie de subclase de delitos especiales, definidos de la manera más amplia.

En lo que respecta a la distinción entre delitos comunes y especiales, esta no concierne a la forma en que se lleva a cabo el sentido delictivo, que puede ser activo u omisivo tanto en los delitos comunes como en los especiales; por ello la clasificación, aquí, se centra exclusivamente en la restricción o no de la autoría penal por exigencias típicas vinculadas a determinadas cualidades físicas o jurídicas del sujeto activo.

Así, es perfectamente posible hablar de omisión especial sin riesgo de parecer redundante, por ejemplo, al calificar la conducta del director de una corporación que no impide la práctica del delito; del mismo modo tanto en el ejemplo del padre que no alimenta a su hijo recién nacido, como en el de la profesora de natación, nos encontramos ante delitos comunes (homicidios) cometidos en comisión por omisión. La primera situación podría ser diferente, si la omisión punible procediera de la madre, lo cual queda a discusión para muchos.

Solo para situar el debate doctrinal, veamos la opinión particular de Jakobs, que somete las distinciones clásicas entre delitos activos y omisivos y entre delitos comunes y especiales a una clasificación única e integral de la que sustenta una parte importante de su teoría, esta es la distinción entre “delitos de responsabilidad por organización” y “delitos de responsabilidad por institución”; según el autor, la única clasificación verdaderamente relevante desde el punto de vista doctrinal separa, por un lado, los delitos que se derivan de la afectación, además del riesgo permitido, de la organización de otros a través de la expansión de la propia organización, (a partir de un estado general que pertenece a todo ciudadano); y, por otro, las infracciones que se derivan del incumplimiento de deberes vinculados

a una competencia institucional asumida en el contexto social (un estado especial)

233.

Para Jakobs, en cualquier caso, la reacción delictiva estaría asociada a la infracción de un deber vinculado al estado (general o especial), que en ambas situaciones, colocaría a la persona que le sea sometida en el cargo de garante, de ahí por qué este no sería un rasgo diferenciador de los delitos de omisión en relación con los especiales.

Con respecto a las infracciones especiales, Jakobs las reúne a todas en la categoría de los que generan responsabilidad para la institución, ya sean activos u omisivos; a la inversa, todo delito de responsabilidad por la organización pertenecería a la clase de los comunes²³⁴. A pesar de la racionalidad del sistema propuesto por el autor, algunas son las razones por las que su adopción parece inconveniente, la primera de ellas es con relación a la diferente tipificación penal, la cual implica la atribución del carácter de especial a delitos que tradicionalmente no son identificados por la doctrina como tales, como es el caso del citado ejemplo del padre que no alimenta al niño. Para Jakobs, sí existe un deber (positivo) de proteger el interés legal, así, el homicidio en cuestión además de ser omisivo también sería especial, con lo cual no se puede estar de acuerdo.

3.5.3. Delito especial *versus* delitos de incumplimiento del deber.

Principalmente en la doctrina, pero también en la jurisprudencia extranjera, es cada vez más común utilizar, la expresión "delitos de incumplimiento del deber", para designar la clase de figuras criminales que normativamente restringen la categoría de autoría a ciertos sujetos. En este sentido, en muchos casos se confunden las nociones de delito especial y el delito de incumplimiento del deber, con la mención

²³³ "Este estatus general es el estatus mínimo que se puede imaginar: su contenido consiste en tener que respetarse en su derecho y en ser respetado por otro en su propio derecho". Günther Jakobs, *Estudios de derecho penal*, traducción de Enrique Peñaranda Ramos *et al* (Madrid: Civitas, 1997).

²³⁴ Quien (por comisión activa u omisión) coopere en una omisión que se base en una competencia organizativa, interviene en un delito común" *Ibíd.*, 362.

habitual de tipos delictivos que aquí se señalan como paradigmas de esa clase delictiva.

Como ejemplo de este último, tal es el caso de los delitos de los servidores o empleados públicos, que utilizó Roxin²³⁵ ya en la primera edición de su obra denominada “Autoría y dominio del hecho en el derecho penal”, cuando acuñó la expresión “infracciones del deber”. Desde entonces, varios autores han comenzado a utilizarlo para designar, si no todos, a muchos de los delitos especiales, partiendo de la idea roxiniana que la infracción de un deber de carácter extrapenal consistiría en la base de la restricción del círculo de posibles autores en ese tipo de delitos.

Por ello, abordar esta clase delictiva no es tarea fácil, ya que el significado de la expresión “infracciones del deber” va mucho más allá de la simple conceptualización de una categoría de infracciones penales que restringen normativamente el círculo de posibles perpetradores, por lo que al aludir a la nomenclatura "delitos de incumplimiento del deber" no sólo a una clasificación típica de sometimiento activo, sino también a la base material en la que se basa la limitación de autoría y los propios criterios de imputación de esta.

La Sala de lo Penal considera que: “en el supuesto de admitir que el componente cognitivo del dolo puede ser establecido a partir de la acreditación del incumplimiento del deber de conocer por determinado sujeto, tiene el evidente riesgo de llegar a desdibujar la línea entre imprudencia y actuación dolosa”²³⁶. Pero dicha *obligatio* en lo que respecta a la vinculación subjetiva con el hecho se encuentra en nuestra tradición jurídica en el código genético de la responsabilidad por imprudencia desde los tiempos de Feuerbach y las primeras codificaciones²³⁷.

Como alternativa a la aplicación automática de la teoría de la ignorancia deliberada, el Tribunal Supremo de España ha optado por analizar la conducta de los sujetos

²³⁵ Roxin, *Autoría y dominio del derecho penal*, 158.

²³⁶ Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación, Referencia: 62C2020* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2020).

²³⁷ Bernardo José Feijoo Sánchez, “La teoría de la ignorancia deliberada en derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”, *Revista In Dret*, número 3 (2015): 11.

especialmente obligados a realizar determinadas comprobaciones bajo la óptica del dolo eventual, con ciertos requisitos particulares que implican que el sujeto “estaba decidido a actuar cualquiera fuera la situación en la que lo hacía y que existían razones de peso para sospechar la realización del tipo”²³⁸.

Según la teoría de las infracciones por incumplimiento del deber, el fundamento de la restricción de autoría al *intra-neus* se debe a que sólo ellos estarían vinculados a un deber especial, cuya violación presupondría la infracción de la norma penal. Esta posición de deber diferenciado explicaría la posibilidad de que solo individuos calificados asuman la condición de autores de esta constelación criminal; así, el criterio delimitador de la autoría penal en estos delitos estaría dado precisamente por el incumplimiento del deber, alejándose del dominio del hecho.

Entonces, el oponer la categoría de infracciones del deber a la de los denominados "delitos de dominio", debido a los diferentes criterios que cada uno debe utilizar para determinar la figura del autor: al primero, el incumplimiento del deber, al último, el dominio del hecho, así, se puede apreciar que son múltiples las consecuencias que conlleva la adopción de tal nomenclatura, como la de “delitos de delincuencia organizada”, por el contrario, cuando se habla de “delitos especiales” en sentido amplio o simple, no se tiene en cuenta su sustrato material y, mucho menos, se adelanta el criterio que delimita la responsabilidad jurídico-penal.

Es por ello que existe una distinción importante entre conceptos, incluso si fuera posible tratar los delitos de incumplimiento del deber como una mera categoría penal y en esa medida, tratar de equipararlos con delitos especiales, habría que admitirlos como parte de una especie de concepto complejo de delito especial, considerando que en esa constelación, el fundamento de la restricción del círculo de posibles autores es parte inseparable de su propia caracterización; en ese sentido como ya se ha señalado, la adopción de un concepto complejo de delito

²³⁸ Sala Segunda del Tribunal Supremo de España, Sentencia de Casación, *Referencia: ECLI ES:TS:2011:676* (España: Tribunal Supremo, 2011). Cita expresamente el tribunal que “la prueba de estas circunstancias del caso estará a cargo de la acusación y sometida a las reglas generales que rigen sobre la prueba”.

especial implica la aceptación de una base material única común a todos los tipos delictivos de la categoría penal: en este caso, la violación de un deber que sujeta el castigo, del *intraeius* de forma exclusiva en el caso que exista un delito especial con un trasfondo diferente, nunca podrá atribuirse la condición de “infracción del deber” a otro sujeto que no las pueda tener.

3.6. Clasificación de los delitos especiales.

3.6.1. Delitos especiales propios e impropios.

La principal tipificación de las infracciones especiales que tiene importantes consecuencias para la atribución de responsabilidades en caso de concurrencia de agentes es la que distingue, por una parte, las propias y, por otra, las impropias, así la lista ya muestra la tendencia doctrinal a reconocer una mayor "legitimidad" a los delitos especiales, otorgando a los impropios algo así como estado especial, aunque su naturaleza jurídica no es precisa, como si los delitos especiales propios “por excelencia” fueran los primeros, mientras que los segundos recibieran un trato igualitario como consecuencia de algún criterio aproximado.

De hecho, como se verá más adelante, hay autores que consideran los llamados delitos especiales impropios como delitos especiales “ilegítimos”, es decir, delitos comunes a los que la doctrina habría atribuido erróneamente la calidad de especial, lo que justifica alguna corrección en su tratamiento legal; sin embargo, la clasificación de delitos especiales como propios e impropios como dos subespecies de la misma clase sigue siendo absolutamente predominante en la doctrina, y es de ahí que se debe partir.

Según esta clasificación tradicional, los delitos especiales propiamente dichos serían aquellos que no encuentran correspondencia en ningún otro injusto común, es decir: la conducta que describen y atribuyen, como autoría, a un grupo específico de sujetos no se encuentra tipificada en ninguna otra norma del ordenamiento jurídico, que no restringe la autoría penal, significa que, en el caso de que sea factible su perpetración por un individuo que no posea las cualidades referidas en

el tipo que define el delito especial -propio-, no será posible afirmar su carácter delictivo y, en consecuencia quedará impune, por el contrario, la conducta tipificada por el delito especial impropio se correlaciona con otra tipificada en un tipo penal diferente, de carácter común²³⁹, es perpetrado por una persona que no califica para el delito especial -impropio-, no quedará impune, pero podrá ser subsumible en otro tipo de delito punible según la pena que se le imponga, por ello la existencia de delitos comunes que prevén conductas correspondientes a las tipificadas por tipos penales especiales impropios, por lo que llevó a casi toda la doctrina a afirmar una diferencia importante entre estos delitos y los especiales, lo que se relacionaría con el sentido mismo de injusto.

En esa línea de argumentos el delito de peculado, al igual que: “el delito de Actos Arbitrarios es de aquellos que en la doctrina se denomina delitos especiales propios, porque requiere para su configuración que el sujeto activo reúna determinadas cualidades”²⁴⁰.

En las infracciones especiales, la característica del *intraneus* se confunde con el fundamento mismo de la punibilidad, lo que significa que esta cualidad es precisamente la razón de la existencia de la figura delictiva; en cuanto a las infracciones especiales impropias, la misma doctrina aclara que se trata meramente de fórmulas jurídicas agravantes o incluso atenuantes de las que le corresponden - las comunes-, en las que la condición del *intraneus* no sustenta ni justifica la disposición penal, sino que solo suma o resta un *quantum* del delito, de modo que tal cualidad explica no la punibilidad de la conducta, sino su mayor o menor desvalor -función modificadora del castigo-.

²³⁹ Quintero Olivares, *Manual de derecho penal, parte general*, 31. El autor habla de la existencia de una "correspondencia fáctica" entre delito especial impropio y delito común, lo que ciertamente es más correcto que afirmar que tal correspondencia se da entre tipos, después de todo, la identidad se encuentra en el supuesto fáctico al que se atribuye la consecuencia jurídica.

²⁴⁰ Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación, Referencia: 103C2018* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019).

Llevando el pensamiento en cuestión a sus últimas consecuencias, Ricardo Robles²⁴¹ considera que las infracciones especiales impropias no son infracciones distintas de las correspondientes infracciones comunes, constituidas por meras agravaciones o atenuaciones de carácter personal.

Según este concepto, el delito de peculado²⁴², si bien es cierto podría haber la posibilidad de una agravación del delito de apropiación o retención indebida²⁴³, vinculado al funcionario o empleado público que comete el delito en detrimento de la administración pública, a pesar de lo diverso en el nombre, así como la tipología del Código Penal, lo cierto es que al realizar una exégesis del delito de peculado en principio solo podría infringirlo el autor calificado, partiendo de la base del bien jurídico tutelado administración pública *versus* el patrimonio, por ello no sería en modo alguno un delito especial impropio, por tanto, debemos de afirmar que estamos ante un delito especial propio, como es el caso del prevaricato que únicamente pueden cometer el juez o magistrado.

En ese sentido, los delitos especiales impropios protegen activos legales distintos de los que protegen delitos comunes que prevén agravaciones de carácter personal o al menos, ofrecen una protección más amplia que incluiría no solo el activo legal común, describiendo intereses individuales, sino también supraindividuales, como por ejemplo, el funcionamiento regular de instituciones estatales como la Administración pública²⁴⁴, según tengan o no correspondencia con figuras delictivas

²⁴¹ Ricardo Robles Planas, *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales* (Barcelona: Atelier, 2006), 126.

²⁴² “El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público que se apropiare en beneficio propio o ajeno, de dinero, valores, especies fiscales o municipales u otra cosa mueble de cuya administración, recaudación, custodia o venta estuviere encargado en virtud de su función o empleo o diere ocasión a que se cometiere el hecho será sancionado con pena de prisión de acuerdo a las reglas siguientes: [...] Si el peculado fuere hasta cien mil colones, la sanción será de seis a ocho años. [...] cuando fuere superior a cien mil colones pero inferior o igual a quinientos mil colones, la sanción será prisión de ocho a diez años. [...] Si el peculado fuere superior a quinientos mil colones, la sanción será prisión de doce a quince años” Código Penal salvadoreño, artículo 325.

²⁴³ “El que teniendo bajo su poder o custodia una cosa mueble ajena por un título que produzca obligación de entregar o devolver la cosa o su valor, se apropiare de ella o no la entregare o restituyere a su debido tiempo en perjuicio de otro, será sancionado con prisión de dos a cuatro años” *Ibid.*, artículo 217.

²⁴⁴ Vives Antón y Cobo del Rosal, *Derecho penal, parte general*, 355. Para afirmar que dos delitos son distintos entre sí, los autores señalan que es necesario partir de un criterio teleológico y no

comunes, con las que sea posible subsumir o no la conducta prevista en el tipo especial, en otro tipo delictivo, sin restringir la categoría de autoría; sin embargo, para esta investigación, el delito de peculado no tiene correspondencia con un delito común.

3.6.2. Delitos especiales por motivos naturales y delitos especiales por motivos legales.

Una segunda clasificación a la que se pueden someter las infracciones especiales es la que se ocupa ahora, ello independientemente de la distinción anterior, la presente parece tener menos relevancia práctica, es cierto que, además de ofrecer una mejor visión de la categoría de delitos especiales, la clasificación según las razones que sustentan la típica restricción de autoría nos permite prever el problema, que se refiere a la base material de los delitos especiales bajo esta clasificación, los delitos especiales se dividen en delitos especiales por razones naturales (o físicas) y delitos especiales por razones legales.

En la doctrina criminal, José Ulises Hernández Plasencia²⁴⁵ ya diferenció estas dos "categorías" de delitos especiales, llevando al ámbito del primer grupo aquellos delitos que presuponían en el autor la existencia de cualidades naturales y sociales, y para el ámbito del segundo grupo las figuras típicas especiales basadas sobre la presencia de las cualidades jurídicas del interviniente principal; en esta línea, las infracciones especiales por causas naturales serían aquellas que limitan la categoría de autoría por las propias cualidades del individuo, como el sexo o determinadas condiciones biológicas o psicológicas²⁴⁶. Dicha categoría incluiría una minoría de la lista de delitos especiales previstos en nuestra legislación penal, como

puramente formal, que tome en cuenta el tipo de injusticia que contempla cada uno, para cuyo análisis es imprescindible valorar el interés legal protegido, aunque esta medición no siempre es una tarea fácil.

²⁴⁵ José Ulises Hernández Plasencia, *La autoría mediata en derecho penal* (Granada: Comares, 1996), 282-283.

²⁴⁶ Sheila Jorge Selim de Sales, *El sujeto activo en la parte especial del Código Penal* (Bello Horizonte del Rey, 1993), 60.

lo es el feminicidio, tal figura es uno de los delitos con mayor controversia en cuanto a la competencia de personas que se podría llegar a calificar.

Por ello, el reconocimiento del delito de feminicidio como parte de la lista de “delitos especiales” parece bastante cuestionable y esta es una cuestión que precede a la discusión sobre la solución al problema de la competencia entre *intraneus* y *extraneus*, con respecto al tema.

La otra categoría de delitos especiales, integrada por aquellos que presuponen la condición jurídica del interviniente principal, comprende la gran mayoría de los tipos penales conocidos que tienen restricción en cuanto a la autoría, en estos delitos la razón para limitar el círculo de posibles autores se debe a la exigencia de una cierta calidad, en el autor, que no es la propia -natural-, pero conferida o valorada por el ordenamiento jurídico a través de cualquiera de sus ramas, dado que las infracciones especiales por motivos legales son significativamente más numerosas y más relevantes desde un punto de vista dogmático.

3.7. Conductas con restricción de autoría.

3.7.1. Consideraciones iniciales.

Para poder avanzar en la discusión sobre la atribución de responsabilidades dentro de la comisión de un delito especial en una competencia de personas, más precisamente cuando la competencia se da entre sujetos calificados (*intraneus*) y no calificadas (*extraneus*), es necesario preguntarse por qué estos delitos tienen una restricción típica en el campo específico de la autoría, hacer esta pregunta es, “la clave del tema” para resolver los problemas relacionados con la codelincuencia en las infracciones especiales, al menos “una buena herramienta para encontrarla”, se trata por tanto, de la razón de ser, fundamento o sustrato material de la limitación del círculo de autores promovida por el legislador al tipificar delitos especiales.

Analizando algunas figuras típicas, específicamente el delito de peculado, se llega fácilmente a la conclusión de que exigen del autor cualidades especiales que lo

colocan, en cierta medida, en una posición jurídica diferente en relación con otras personas, no es de extrañar, por tanto, afirmar que la conducta del funcionario público que atenta contra los bienes o valores de la administración pública tiene mayor desvalor que el practicado por el privado²⁴⁷ ajeno a la estructura administrativa; esto explicaría por qué, por ejemplo, el delito de Peculado (artículo 325 CP) se castiga con mayor severidad que el delito de hurto (artículo 207 CP) o el delito de apropiación o retención indebida (artículo 217 CP), es por ello, que la doctrina se preocupó de discutir en qué consistirían, a diferencia de la mayoría de figuras típicas, estos delitos que se designan como especiales circunscriben el alcance de la autoría a un número restringido de individuos, para indagar sobre cuál debe ser el caso o el grado de reprochabilidad de la conducta de la persona que, legalmente incapaz de cometer el delito individualmente (*extraneus*), lo practica junto a quien pertenece al círculo de posibles autores (*intraneus*).

Como se plasmó anteriormente, es posible clasificar las infracciones especiales en dos subclases, dependiendo del motivo de la restricción típica vinculada a la persona del *intraneus*; así a sus características personales, de orden biológico o psicológico (delitos especiales por causas naturales), o relacionados con cualidades conferidas por el propio ordenamiento jurídico (delitos especiales por causas legales).

En el segundo de estos grupos, es que se concentra la gran mayoría de las infracciones especiales reguladas por el sistema penal salvadoreño, si bien la restricción típica puede justificarse en cierta medida por diferentes motivos, lo cierto es que la condición especial del *intraneus* se coloca en una posición o situación legalmente algo diferente a la que ocupan los demás miembros de la comunidad²⁴⁸.

²⁴⁷ "Se puede decir que la conducta del '*extraneus*' tiene menos valor, porque la falta de la calificación exigida la aleja - más que en los casos normales de participación - del ámbito típico de un delito". Silvia Fernández Bautista, *El administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones en sede de autoría* (España: Tirant lo Blanch, 2007), 79.

²⁴⁸ La razón de la restricción típica de los delitos del primer grupo (delitos especiales por razones naturales), al parecer, debe investigarse por otros motivos, como la existencia de una barrera fáctica preexistente, solo reconocida por el legislador penal al tipificar la conducta prohibida.

3.7.2. Postura de Claus Roxin.

No hay forma de abordar el incumplimiento del deber como fundamento de las infracciones especiales sin partir del análisis de la teoría idealizada por Roxin; aunque su caracterización puede ser cuestionada según la clasificación utilizada por Gómez Martín por tratarse de una formulación "pura", por cuanto que Roxin, en la última edición de "Autoría y dominio del hecho en derecho penal", señala que la teoría de las infracciones del deber consistiría en un mero criterio para atribuir la autoría en las infracciones especiales, negándole una función en el sentido de justificar la esencia de la limitación típica en estas infracciones²⁴⁹, bajo la idea dominante de que el autor es siempre la "figura central" del evento típico, Roxin identifica que el criterio para la definición de autoría no siempre será el dominio del hecho, ya que, para algunos delitos -entre los que estarían los especiales aquí tratados-, el criterio determinante -el único relevante- sería la infracción de un deber especial.

Utilizando el paradigma de los delitos funcionales, Roxin declaró que la limitación de la autoría del *intra-neus* se justificaría por el hecho de que, de la condición de funcionario público, surgirían deberes especiales que una vez violados, basarían su responsabilidad como principal interviniente o, en palabras de la Roxin, lo revelaría como la figura central del hecho criminal, es por ello que el deber especial (o deberes especiales) cuya infracción fundamentaría el motivo de la autoría del *intra-neus* no sería un deber penal, sino que se originaría en normas jurídicas de otras ramas del ordenamiento jurídico.

Sería por tanto un deber extrapenal, lógicamente situado ante la propia norma penal, asumiendo esta última el carácter de norma sancionadora por la infracción de deberes especiales que obligarían al funcionario o empleado público, dada su

²⁴⁹ Roxin, *Autoría y dominio del derecho penal*, 742. El incumplimiento del deber solo confiere un criterio de autoría, no la base de la sanción, que también en las infracciones del incumplimiento del deber consiste en la lesión de un bien jurídico, y solo el comienzo directo de la lesión típica del bien jurídico fundamentos, tanto aquí como en general", tal postura se deduce de la respuesta dada por Roxin en el sentido que, si el incumplimiento del deber por sí solo justificara la disposición normativa de tales figuras criminales, ya se consumirían en el momento en que se viola el deber especial, muchas veces antes de cualquier violación del interés legal protegido.

posición en el sistema legal; tal proximidad al interés legal daría al *intraneus*, a diferencia de lo que ocurriría con la generalidad de la población, una capacidad especial para dañar el objeto o valor amparado por la ley penal, lo que le colocaría en una posición de garante de ese bien o valor, aunque sin dominio del hecho o incluso si tiene un particular.

La misma precisión se puede hacer con respecto a la autoría mediata, ya que cuando se presume que la infracción del deber especial determina o habilita la ejecución del delito²⁵⁰, se llega a la conclusión de que cuando el *intraneus* determina al *extraneus* la práctica (aunque sea intencionada) del delito especial, de hecho es la ejecución directa del delito, dado el desvío absoluto del criterio del dominio del hecho para la solución de los agentes involucrados en los delitos que forman parte de esta clase delictiva.

Por tanto, admitir eventualmente la teoría de los delitos de infracción del deber para la solución de la intervención en los delitos especiales previstos en el Código Penal requeriría algún cuestionamiento y en consecuencia, algunas reparaciones, bajo pena de vulnerar el sistema de la parte general del mismo.

3.7.3. Postura de Günther Jakobs.

En estos delitos, existe una relación entre un individuo calificado y un bien jurídico que no se limita al mero deber de no lesionar, sino que va más allá de colocar al *intraneus* como verdadero guardián de la indemnización del bien protegido. Esta relación entre sujeto calificado y bien jurídico se da, según Jakobs, a través de la institución, es decir a través de los deberes que se originan en la condición de individuo perteneciente a una determinada institución y que por tanto, son anteriores

²⁵⁰ En este sentido, la posición de Claus Roxin "en los delitos de dominio, un sujeto es autor mediador si dirige, dominándolo, el acontecer por coacción o engaño de otro, o en el marco de un aparato de poder organizado, en cambio, en las infracciones de deber, no se requiere el dominio del hecho para la autoría mediadora, basta que el individuo que está sujeto a una relación de deber deje la ejecución de la acción a una persona que se encuentra fuera del puesto de deber en el que se basa la autoría" *Ibid.*, 394.

a la defraudación de la norma jurídico-penal²⁵¹; según este autor, entre las múltiples funciones de las instituciones sociales se encuentra la garantía de expectativas, especialmente las relacionadas con el mantenimiento y protección del patrimonio legal.

En vista de la relación especial que siempre según Jakobs, se origina en el estado mostrada por personas pertenecientes a determinadas instituciones sociales y de las que emanan deberes especiales en delitos debidos a la relación institucional, la autoría se basaría precisamente en la lesión de esos deberes por parte de los especialmente obligados, más que el -único- criterio delimitador de autoría el incumplimiento del deber que obliga al *intraeus* determina el juicio de imputación y el propio injusto, en estos delitos, contrariamente a lo que se percibe en los delitos de jurisdicción por parte de la propia organización, el autor sólo puede ser aquel que ocupe el cargo de garante de la indemnización del bien jurídico en juego, precisamente por la existencia de una norma -evidentemente extrapenal-, lo que crea el deber de actuar a favor de la conservación y protección de la propiedad, y no solo para no dañarla²⁵².

Asimismo, a diferencia de lo que se ve en la falta de responsabilidad por parte de la organización, en las faltas de incumplimiento del deber, entiende Jakobs que no hay diferencia entre acción y omisión, esto es así en la medida en que lo que determina la autoría es sólo la infracción del deber especial, ya sea por actuar o no actuar, siempre que el *intraeus* se comporte de tal manera que no proteja la propiedad protegida contra ciertos peligros.

Si, por un lado, no se incluyen en la categoría de delitos de responsabilidad institucional todas las infracciones especiales, sino solo aquellas cuya base material

²⁵¹ Jakobs, *Estudios de derecho penal*, 994. Se entiende institución, en el sentido de las ciencias sociales, como la forma de relación, permanente y legalmente reconocida, de una sociedad, que no está a disposición del individuo que, por el contrario, debe contribuir a constituirla.

²⁵² En algunos delitos sólo se puede justificar la responsabilidad plena, es decir, en el concepto de autor, a través del perjuicio de un deber institucionalmente asegurado, responsabilidad que también se fundamenta siempre en el perjuicio de ese deber, dichos deberes solo afectan al titular de un cierto "estatus"; las personas no obligadas por sí mismas pueden ser, como mucho, participantes. *Ibid.*, 791.

reside en el incumplimiento del deber, por otro lado, los delitos de responsabilidad por incumplimiento de deberes especiales no se restringen a figuras especiales; así para dilucidar este punto, basta mencionar el entendimiento del autor de que la muerte de un menor de edad será siempre una infracción del deber imputable a los padres como autores, independientemente de cualquier intervención causal, pero exclusivamente por la condición de fiadores.

A diferencia de Roxin, Jakobs centra su atención en el accesorio cuantitativo, que requiere que el hecho principal haya alcanzado al menos el grado de tentativa para que la participación sea punible, pues como pensaba Jakobs, dicha regla general debe quedar exenta en las infracciones de incumplimiento del deber, en las que "la distribución de las formas de conducta siempre estará oculta por la inmediatez del deber"²⁵³.

Siguiendo este razonamiento, el sujeto obligado inicial por el intento por el mero incumplimiento del deber (solución individual), sin que sea necesario verificar globalmente el inicio de la ejecución del hecho principal (solución global), tal comprensión conduce a una de las consecuencias más discutidas de la tesis Jakobs: la anticipación del inicio de la ejecución típica, que ya no depende de que la ejecución de los actos de ejecución tenga lugar ya en el momento en que el *intransiens* infringe su deber especial, como es habitual, enfatizó la coherencia interna de su sistema, asumiendo explícitamente que, en los delitos de jurisdicción institucional, el mero incumplimiento del deber sería efectivamente suficiente para determinar el inicio de la ejecución penal.

3.7.4. Análisis crítico.

Antes de proceder a una valoración concisa de los pros y contras de la idea del incumplimiento del deber como base material de las infracciones especiales -todas o algunas-, es importante resumir brevemente las principales similitudes y diferencias comprobables de las propuestas de Roxin y de Jakobs.

²⁵³ *Ibid.*, 75 a 77.

En cuanto a los puntos de convergencia, se observa que ambos autores adoptan la bipartición de figuras criminales en dos categorías; la utilizada por Roxin en los delitos de dominio versus infracciones de incumplimiento del deber, y la sostenida por Jakobs, quien se opone a los delitos de responsabilidad de la organización a los delitos de responsabilidad de la institución. Para cada una de estas categorías, tanto Roxin como Jakobs adoptan distintos criterios que definen la figura central del delito, lo que acaba determinando una noción diferente de accesoriedad de participación para cada uno de ellos.

Con respecto a los delitos de dominio o responsabilidad por parte de la organización, la conducta principal es la que domina el evento típico (en el entendimiento de Jakobs, realizada por quien esté en situación de atentar contra el interés jurídico), considerando la cooperación sin dominar el hecho como accesoría, en cuanto a las infracciones de incumplimiento de deber o de responsabilidad por parte de la institución, la conducta principal es la que viola un deber especial y la que no lo hace es accesoría, todo ello con total independencia de las posturas y de la contribución efectiva del interviniente *intraneus* es de *extraneus*.

Es por ello que ambos autores sitúan el incumplimiento del deber como el centro de gravedad del delito, atribuyéndole la condición de único criterio relevante para la imputación de la autoría en los delitos que integrarían la categoría; a pesar de las similitudes generales mencionadas anteriormente, que permiten considerar a Roxin y Jakobs como principales defensores de la idea de delitos de infracción del deber, existen importantes puntos divergentes entre las teorías de los dos autores, que sustentan el entendimiento según el cual el pensamiento de Roxin sirvió de inspiración para el desarrollo de la teoría de Jakobs, pero este adoptó una postura caracterizada por la radicalización de puntos que en Roxin están sujetos a alguna mitigación.

Entre estas diferencias, destaca el fundamento distinto que cada uno de los autores brinda al criterio del incumplimiento del deber. Mientras que Roxin considera que lo que diferencia a los delitos de dominio de los delitos de incumplimiento del deber es la estructura normativa, basada en una elección del legislador penal, Jakobs

entiende que tal fundamento reside en el origen institucional del deber, entonces para Jakobs no importa qué técnica legislativa se utilice en la tipificación de los delitos, pues el determinante es la existencia o no de una institución social de la que emanarían los deberes de mantenimiento y protección de los bienes jurídicos en juego.

Las diferencias también resultan de la peculiar clasificación propuesta por Jakobs en relación a la falta de identificación de los delitos de incumplimiento del deber con la categoría de delitos especiales para el autor, solo algunos de los delitos que la doctrina suele considerar especiales serían incumplimiento del deber, precisamente, aquellos cuya base material radica en la violación de un deber institucional, siendo los que no respondieron a dicho sustrato material el criterio de dominio del hecho.

Además de esta necesaria consideración, existen críticas a la teoría de las infracciones del deber que la cuestionan como sustrato material de una determinada clase delictiva, presunto inconveniente de adoptar una reclasificación penal que se aleje de la subdivisión conocida en delitos comunes y especiales.

En cuanto al carácter extrapenal del deber que sustentaría la responsabilidad penal como autoría, existen fuertes objeciones en el sentido de que, en caso de que se entienda -como es la mayoría de los casos- que los delitos especiales se diferencian de los comunes por la existencia de un contenido especial de injusto, difícilmente sería justificable que este injusto tuviera un contenido ajeno al derecho penal y que, por otra parte, desde el punto de vista del deber penal -considerado como general y consistente en el mero omisión de agresión a la propiedad protegida-, igual forma e intensidad tanto *intraneus* cuanto *extraneus*, las objeciones más importantes se centran en las presuntas infracciones al principio de legalidad, la sustitución indebida del delito por el interés jurídico y la adopción de algo cercano a un concepto extenso de autor, todo lo cual sustenta la posibilidad de una inclinación repugnante hacia un autoritario.

Se alega, por tanto, y con gran razón, que la adopción del criterio del incumplimiento del deber, con absoluta independencia del análisis de la contribución efectiva realizada al delito, supondría desconocer el principio de legalidad en relación con diversos tipos delictivos que, además de limitar el círculo de posibles autores, describen la conducta típica por la que se llevaría a cabo el delito.

Según Gómez Martín, para que no se produzca la mencionada violación del más básico de los principios legales y penales, es necesario que la conducta típica de la totalidad de las infracciones del incumplimiento del deber se exprese en términos suficientemente amplios para que cualquier aporte de la *intra-neus* como autoría, “[p]recisamente por tales exigencias legales, lo que debe atribuirse como autor al *'intra-neus'* debe ser el hecho típico en los términos previstos por el precepto legal de que se trate, de esta forma, no solo se deben observar los elementos de tipo objetivo, sino también, obviamente, los requeridos en el tipo subjetivo, cumpliendo así los requisitos derivados del principio de legalidad”²⁵⁴.

Asimismo, se vulneraría el principio de legalidad, entienden los críticos de la formulación de los delitos de incumplimiento del deber, por la consideración ilícita de la conducta de participación -inducción y complicidad- como configuradores de la autoría, entendida también como la adopción de una responsabilidad casi objetiva y una indebida reanudación del concepto extensivo de autoría.

Sustituir el daño al bien jurídico protegido por la simple vulneración de la norma -extrapenal- es también objeto de críticas dirigidas a la teoría de los delitos de infracción del deber, en la medida en que facilitaría la base de un derecho penal de carácter autoritario; así el pensamiento de Mir Puig, según el cual una ley penal que protegiera la vigencia de la norma como fin en sí misma sería una ley penal que destacaría los deberes de las personas, por otro lado, un derecho penal que se centre en los bienes jurídicos penales como intereses o valores merecedores de

²⁵⁴ Gómez Martín, *Los delitos especiales*, 59.

protección penal acentuaría los derechos de esos mismos individuos, asumiendo así un carácter liberal²⁵⁵.

3.7.5. Dominio de la base del resultado (Bernd Schünemann).

Schünemann construye su teoría a partir de la crítica al criterio del incumplimiento del deber, argumentando que "el criterio de autor en las infracciones especiales debe buscarse [...] no en la infracción de un deber formal extrapenal, sino en una relación de dominio sobre el éxito, tipológicamente equiparable al dominio del hecho en las infracciones cometidas"²⁵⁶.

El primer grupo de delitos objeto del rechazo de Schünemann es la idea del incumplimiento del deber era la de faltas omisivas impropias; según el autor alemán, para admitir la equivalencia entre un acto y una actividad que no fuese relevante, no sería suficiente la violación del deber de carácter extrapenal, pues también sería necesaria la presencia de criterios penales específicos, siendo determinante la asunción de la custodia de la propiedad legal en forma de dominio sobre la indefensión de la propiedad protegida, o dominio sobre una fuente particular de peligro.

En ese sentido, el análisis de la base material de las infracciones especiales, de este autor parten del estudio de la denominada "actuar por otro", cláusula que prevé la responsabilidad de quien asume legalmente la representación de una persona natural o jurídica, cuyas características la habilitan para la comisión de un determinado delito especial, aunque el representante no lo haga, en sí mismo reúne tales condiciones.

Así, si el representante comete en nombre del representado el delito especial, podrá ser penalmente responsable como autor, en virtud de la regla de prórroga con tenida en la cláusula "actuar por otro", según su postura la regla en cuestión señalaría el camino a seguir en la búsqueda del sustrato material de delitos especiales, en la

²⁵⁵ Ferré Olive, "Autoría y delitos especiales", 1014.

²⁵⁶ Bernd Schünemann, *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*. Traducción de la edición alemana (Gotinga, 1971) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Madrid: Marcial Pons, 2009), 303.

medida en que tales reglas servirían para evitar el trato desigual que emanaría de la literalidad de tipos criminales especiales, imposibilitando la sanción, que aquellos que no reunieron las cualidades requeridas en el tipo, ocupan materialmente la función de quien las posee.

Por tanto, la notable *reprobabilidad* de la conducta del *intraneus* en crímenes especiales no podría ser un estado formalidad intransferible, sino el ejercicio de una determinada función, que colocaría al sujeto principal de la norma penal en la condición de garante del interés jurídico protegido?, para hacerlo, Schünemann sostiene también para delitos especiales el criterio de dominio sobre la base del resultado, estableciéndolo como criterio general para determinar la responsabilidad del autor, capaz de dar una unidad sistemática a la teoría de la autoría.

En ese sentido, el dominio sobre la base del resultado consiste en el control del autor sobre una fuente de peligro o la situación de desamparo del bien jurídico que en ambos casos, lo capacita para tomar la decisión decisiva de dañar el bien, por tanto, se llega a la conclusión de dicha postura; que el *intraneus* es autor del delito especial por la posición social que ocupa, lo que le permite controlar la vulnerabilidad del bien penal en juego o causa esencial del resultado.

A manera de conclusión, la comunicabilidad solo se refiere a las relaciones entre *intraneus* y *extraneus*; es decir, que no es posible argumentar el traspaso de circunstancias de un autor a otro, o de un partícipe a un autor, de manera que, la responsabilidad penal de cada uno de los concurrentes es personalísima, no se comunican a los partícipes las circunstancias de carácter personal, sino que tendrán influencia solo en quienes concurren.

Por ello, se dice que el delito solo establece pena para el sujeto activo especial y no al particular que interviene en el hecho que, aunque sea inductor, coautor, autor mediato o cómplice, no ha de verse incluso con ligereza como un partícipe de un delito especial propio del concepto formal, porque de hacerlo estaríamos realizando una analogía *in malam partem*, en flagrante violación al principio de legalidad.

En ese contexto argumentativo, la jurisprudencia patria ha expresado que debe existir un vínculo funcional para efectos de adecuar la conducta penalmente relevante en sus elementos objetivos del juicio de tipicidad, para subsumir el comportamiento penal al injusto penal de peculado, cumpliendo una doble misión sirve para restringir o limitar el círculo de autores, circunscribiéndolo solo a aquellos que posean los bienes públicos por razón del cargo, excluyendo de cualquier hipótesis de autoría a los que no gozan de tal relación funcional. Dicha exigencia constituye un límite que debe de ser advertido por jueces y fiscales, de lo contrario se atentaría contra el principio de legalidad, en el ámbito del mando de determinación de las normas punitivas²⁵⁷.

A manera de conclusión, para la presente investigación, el delito de peculado es un delito de infracción del deber positivo, en que la norma penal se encuentra directa y formalmente dirigida a aquellos sujetos que ocupan un rol social especial, y su dolo consiste en el incumplimiento de su deber institucional de fomentar el funcionamiento de la administración pública. Ahora, si bien es cierto el art. 325 CP regula dentro de la conducta típica apropiarse en beneficio propio o ajeno, lo cierto es que no podemos partir de que la adecuación en el dominio del hecho sobre el verbo rector -apropiarse- constituya el criterio de adecuación, pues como se ha dejado señalado, ello se refiere al modo en que se infringe el deber especial en que se encuentra vinculado *de iure* el funcionario, empleado público o el encargado de un servicio.

Asimismo, cuando exista intervención de personas jurídicas por medio de delincuentes de cuello blanco del sector privado, se podría utilizar la cláusula general del actuar en nombre de otro, sin dejar de lado, que el CPP no es claro en su art. 80.3 en la atribución de la calidad de imputado a la persona jurídica, tal como se expuso en el capítulo II, pues mientras no se tenga de *lege ferenda* la regulación de la persona jurídica en la legislación salvadoreña, lo único atribuible será responsabilidad civil; sin embargo, resulta necesario que se pueda sancionar al

²⁵⁷ Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación 1C2017*.

extraneus al intervenir en los delitos especiales propios, imponiéndole a este la pena mínima, debido a que no cumple con las cualidades especiales para lesionar el bien jurídico y de esa manera no se deja impune el hecho delictivo. En ese sentido, al momento de llevar a cabo el juicio no se deja fuera al particular, sino que este responda de igual manera en los hechos que participó.

3.7.6. La naturaleza jurídica del injusto de peculado como delito especial propio.

El delito de peculado está tipificado y sancionado en el art. 325 CP; se ha clasificado como tal en el capítulo II del título XVI del Libro Segundo del Código Penal, cuyo bien jurídico tutela la administración pública. Así lo ha sostenido la Sala de lo Constitucional, al señalar que “el carácter que tiene el titular del bien jurídico lesionado es la Administración Pública a través del funcionario, puesto que es interés de la Administración Pública”²⁵⁸.

Al realizar una exégesis de *lega lata*, la descripción del comportamiento penalmente relevante comprende dentro de sus elementos objetivos, sujetos, conducta activa, pasiva, es decir, la conducta puede ser realizada en dos vías por acción - sustrayendo directamente o por omisión permitiendo que un tercero lo realice-, asimismo, el objeto, imputación objetiva, resultado, elementos normativos valorativos y culturales.

De manera que, el tipo penal está clasificado de conductas alternativas, de efectos permanentes, para considerar aspectos relevantes como la diligencia debida en la custodia de los fondos públicos encargada a los servidores nacionales, los limitados recursos económicos del país ²⁵⁹. Al respecto, es descriptivo el criterio constitucional cuando hace referencia: “Adicionalmente, [...] por el principio de razonabilidad, dicho programa debía ofrecer especial atención a las personas que, como la demandante, vivían en ‘condiciones intolerables’ o en ‘situaciones críticas’ de pobreza o miseria”.

²⁵⁸ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Exhibición Personal*, Referencia: 7-P-95 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 1995).

²⁵⁹ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad 1-2017/25-2017*.

En este mismo sentido, la Sala de lo Constitucional ha reconocido que este flagelo es un delito no convencional con grandes afectaciones a las sociedades y que constituye una modalidad de la criminalidad organizada²⁶⁰.

Ahora bien, como anteriormente se analizó, eso ha conllevado a que tanto la dogmática como la jurisprudencia identifiquen delitos propios para cierto grupo de sujetos activos, pero además que sobre ellos se realice una especialización, desligándose así el concepto de tipo penal especial propio e impropio. Al ser esto un tema ya debatido, corresponde analizar particularmente el delito de peculado como un cuerpo delictivo dentro de esa categoría.

En el *nomen iuris* expuesto para describir penalmente el delito de peculado, la principal línea a resaltar, es que el sujeto activo del delito únicamente puede ser un *funcionario, empleado público o el encargado de un servicio público*. Esto delimita el margen de personas que pueden ser perseguidas penalmente por la comisión del tipo y a su vez, racionaliza el sentido dado al delito para proteger a la administración pública, ya que esa condición particular dada al sujeto, lo coloca en una posición de protección y transparencia frente a lo que está obligado a administrar, recaudar, custodiar o entregar para su comercialización en nombre del Estado, es decir, como se ha sostenido a lo largo de esta investigación, es un delito especial propio en sentido estricto -funcionario, empleado o servidor público-, pues no tiene correspondencia con un delito común.

En ese predicado, el art. 39 CP de forma asigna lo que, para efectos penales se comprenderá por *funcionario o empleado público*. Sobre el primer particular, insiste que serán todas aquellas personas que: presten servicios “retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, civiles o militares en la administración pública del Estado, del municipio o de cualquier institución oficial autónoma”. De igual manera, entran en las antedichas categorías quienes “se hallen investidos de la potestad

²⁶⁰ “Dentro del ámbito de la no convencionalidad, se relacionan –y se mencionan sin pretensión de exhaustividad– los delitos contra el medio ambiente, fraudes fiscales, monopolio, oligopolio, competencia desleal, defraudaciones bancarias, fraudes al consumidor, y delitos que afectan a la Administración Pública, en particular la corrupción pública –malversación, cohecho, peculado, negociaciones ilícitas”. Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 6-2009* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2012).

legal de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios público”²⁶¹.

Por otro lado, en relación con el segundo grupo de sujetos, el mismo artículo designa que serán empleados públicos, los servidores del Estado o de los diversos organismos descentralizados –*verbigracia*, las instituciones oficiales autónomas-, que carecen de poder de decisión y actúan por orden o delegación del funcionario o superior jerárquicamente.

La naturaleza jurídica de delito especial propio es porque, si bien el peculado requiere un sujeto activo determinado, la correspondencia típica que tiene con otro delito similar, como el de apropiación o retención indebida, podrá suceder únicamente cuando no comparezca en el sujeto activo la calidad singular de funcionario, empleado o encargado de un servicio público. Sin embargo, el delito de peculado pretende proteger la administración pública, mientras que el segundo delito, tiene como bien jurídico protegido el patrimonio individual.

Con relación a lo anterior, la jurisprudencia nacional ha reiterado que para equiparar al delito de apropiación o retención indebida al delito de peculado no solo basta que se tome en consideración la condición especial del autor del ilícito, sino, el bien jurídico que ha servido para limitar bajo el supuesto de hecho la conducta que lo lesiona. Esto determina que ambos tipos penales discrepen sustancialmente, empero, por la protección que uno realiza al patrimonio y la que el segundo realiza a la administración pública²⁶².

En tal sentido, el objeto de protección jurídico-penal particular ha sido abordado de manera diferenciada por la doctrina y la jurisprudencia, quienes lo explican desde la custodia debida de los fondos públicos confiados debido a su función. Así se explica el porqué de un castigo fraccionado de acuerdo con el monto de lo apropiado, la probidad de la gestión administrativa²⁶³, la Hacienda Pública según los servidores

²⁶¹ Código Penal salvadoreño, art. 39.

²⁶² Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación 3-CAS-2004*.

²⁶³ “El bien jurídico protegido aquí es tanto probidad administrativa, como también parece serlo el interés fiscal, atendido que las penas se gradúan según el monto del peculado”. Jean Pierre Matus

públicos²⁶⁴ o una “mezcla entre deslealtad y apropiación de aquello que se administra en nombre de la comunidad”²⁶⁵. Nótese que se puede identificar el enfoque del objeto material en dos sentidos. Por una parte, se destaca el aspecto patrimonial, puesto que la conducta se proyecta sobre caudales o efectos públicos, pero, por otra, se acepta también como componente codefinidor del mismo la deslealtad del funcionario.

En el caso de la Hacienda Pública, no es el componente de egresos el afectado, sino los ingresos. Por lo tanto, clasificar el delito de peculado como especial propio se sustenta en dos motivos principales, de los cuales se desglosa un submotivo accesorio: i) La necesaria calidad de funcionario, empleado o encargado de un servicio público, de lo cual, se desglosa la voluntad del legislador para limitar internamente el actuar de estos al estar en una determinada posición frente al fondo público; y ii) Existe un bien jurídico pluriofensivo que se protege a través de la sanción del delito, denominado administración pública. De ello, se deriva que ese bien jurídico crea un margen de justificación de la sanción del tipo, pero además, limita un radio particular de quienes puede transgredirla según la función que le ha sido atribuida.

La utilidad más relevante de la identificación del ilícito como especial propio, ocurrirá en aquellos supuestos donde el funcionario, empleado o encargado de un servicio público, haya ejecutado la conducta descrita con la colaboración de sujetos fuera de esa condición especial, coadyuvando a vulnerar la administración pública, pero que, por no poseer esa calidad, su accionar no podrá adecuarse al ilícito.

En esta línea de pensamientos, la Sala de lo Penal ha sido enfática en señalar que la vinculación funcional es un elemento imprescindible de la tipicidad para subsumir una conducta en la figura de peculado, y que en esa calidad cumple una doble

Acuña y María Cecilia Ramírez Guzmán, *Manual de derecho penal chileno, parte especial. Segunda edición corregida, reformulada y actualizada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 619.

²⁶⁴ Como contrapartida de los delitos contenidos en el capítulo V, título IX, del Libro Segundo del Código Penal, que tiene como destinatarios a los particulares en su relación con los tributos (art. 249 a 252) o a los particulares con relación a la administración pública (arts. 335 a 339-A).

²⁶⁵ AA.VV., *Tratado de derecho penal español. Parte especial III, delitos contra las administraciones pública y de justicia*, dirigido por. Francisco Javier Álvarez García (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 496.

misión, pues en primer lugar, sirve para restringir o limitar el círculo de autores, circunscribiéndolo solo a aquellos que posean los bienes públicos por razón del cargo, excluyendo de cualquier hipótesis de autoría a los que no gozan de tal relación funcional.

En segundo lugar, esa exigencia constituye un límite que debe de ser advertido por jueces y fiscales, de lo contrario se atentaría contra el principio de legalidad, en el ámbito del mando de determinación de las normas punitivas²⁶⁶. Este criterio nomofiláctico es coincidente con esta investigación como se verá posteriormente, y debe ser discutido a la luz de la comunicabilidad de las circunstancias.

3.7.7. La corrupción de particulares.

Al comienzo del subtítulo primero del tema que antecede, se expuso una breve noción sobre la corrupción de particulares. Recapitulando, esa modalidad no dista de la que se realiza en el ámbito público, sino que se verifica en dimensiones diferentes: La pública, como su nombre lo indica, es auspiciada por sujetos con cargos públicos, en otras palabras, comunicativas, que se encargan de la materialización de las funciones del Estado y la privada, realizada en una dimensión de sujetos subordinados a la actividad estatal, es decir, dentro de un plano de igualdad alejado de ser servidores públicos.

Sin perjuicio de lo anterior, a pesar de que esa corrupción se realice en planos dimensionales diferentes, ambas tienen características anatómicas conjuntas: i) Ambas se realizan al margen de una *traición* de una posición de confianza; ii) En las dos, se pretende un beneficio particular o a favor de terceros, a través de la irregularidad ocasionada sobre los fondos de la institución pública o privada; y iii) El sujeto activo es limitado, pues, siempre requiere una posición especial que le facilite la consumación del ilícito.

En El Salvador, esa corrupción de los particulares también representa un fenómeno inquebrantable con el paso de los años; de hecho, su manifestación se ha logrado vislumbrar en casos mediáticos exclusivamente en el ámbito privado, pero la nueva

²⁶⁶ Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación 1C2017*.

modalidad de la criminalidad económica reorienta esa intervención del particular en la corrupción realizada en el ámbito público.

En lo que respecta al aspecto exclusivamente particular, es viable citar como ejemplo, el proceso promovido en contra de la sociedad Baterías de El Salvador, por el delito de contaminación ambiental agravada²⁶⁷. Si bien la persecución penal que se realizó no fue directamente por un delito de corrupción, el accionar realizado por la comisión por omisión de la junta directiva, delegando la posición de garante en los empleados con funciones de gestión ambiental, gerente de fundición y jefe de seguridad industrial y gestión ambiental, dentro de una determinada posición de protección de la naturaleza de El Salvador vulneró el medio ambiente –de forma general- y la salud –de modo particular- de cientos de habitantes de la localidad denominada como El Sitio.

En ese sentido, los sujetos que ejecutaron el ilícito, respondían a una condición especial para la realización del acto lesivo al medio ambiente y a la salud de los habitantes, pues prioritariamente no se encargaron de brindar el tratamiento adecuado a los desechos de plomo que eran extraídos por la empresa a la cual estaban adscritos. Así, a pesar de que jurídicamente no fue tratado ese caso como un accionar por un beneficio económico, ello no inhibe una visualización del caso como propio de la corrupción realizada entre particulares que sobrepasan la posición de confianza que les ha sido brindada por la institución a la que sirven, y que termina generando en la población un menoscabo a los derechos fundamentales.

Ahora bien, en el tema de la corrupción de particulares también se ha perfilado el concepto de *difuminación de funciones*²⁶⁸, donde el particular se incumbe en la corrupción pública y juntos se crea una potencialidad lesiva a bienes jurídicos supra individuales, como es la administración pública.

²⁶⁷ Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación*, Referencia: 22CAS2015, y Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo*, Referencia:400-2011.

²⁶⁸ Osvaldo Artaza Varela, "Corrupción entre particulares: lesividad de la conducta y consecuencias en sede de tipificación de acuerdo al análisis comparado", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, número 26 (2019).

El ámbito común en el que esto se desarrolla es en el aspecto que, el particular, ya sea a través de una persona natural o mediante la utilización de una persona jurídica, crea un vínculo con el servidor del Estado para, a través de la *función pública* del segundo, obtener un beneficio a favor de los ejecutantes del vínculo o en nombre de un tercero.

En El Salvador, como se ha insistido con frecuencia durante el desarrollo del texto, esta dualidad de intervenciones se materializa a través de la adquisición y contratación en nombre de la administración pública, donde el funcionario con la capacidad de decisión irregulariza los procesos de contratación y mediante ello, genera una brecha de participación al particular para brindarle u obtener a título personal un beneficio económico, trasgrediendo así a la administración pública.

Precisamente sobre la corrupción de particulares, la jurisprudencia ha analizado el supuesto de la intervención del sujeto alejado de la condición especial, con el servidor del Estado, pero, además, ha tomado postura en cuanto a la obligación del Estado de perseguir los fondos derivados de la corrupción no pública.

Por ejemplo, la Sala de lo Penal utilizó como parámetro para verificar la irregularidad de la función pública en el ámbito de contratación como un mecanismo de reproche sobre los actos realizados por un alcalde municipal y lo dispuesto en la normativa vigente encargada de regular esos actos. En esa oportunidad, se identificó que el beneficio brindado a partir de la utilización de los fondos del Estado fue a favor de una persona jurídica individual, encargada de la construcción de una obra pública²⁶⁹ adjudicada por un funcionario del Estado.

En cuanto al pronunciamiento de la corrupción de particulares y la forma de limitar su beneficio económico, la Sala de lo Constitucional ha reiterado que “la acción de extinción de dominio también procede en contra de los particulares que participen en actos de corrupción de los cuales se derive un incremento ilícito de su patrimonio. Esto sucede cuando el corruptor comete delitos contra la administración pública”²⁷⁰.

²⁶⁹ Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación 167C2016*.

²⁷⁰ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad 146-2014/107-2017*.

CAPÍTULO IV.

LA PUNIBILIDAD DEL EXTRANEUS EN LA COMISIÓN DEL DELITO DE PECULADO COMO DELITO ESPECIAL PROPIO.

Sumario: 4. Consideraciones desde la perspectiva de la doctrina y el derecho comparado. 4.1. Tratamiento de la comunicabilidad de las circunstancias en Costa Rica. 4.2. Tratamiento de la comunicabilidad de las circunstancias en Colombia. 4.3. Tratamiento de la comunicabilidad de las circunstancias en España. 4.4. Tratamiento de la comunicabilidad de las circunstancias en Perú. 4.5. El delito de peculado en el derecho comparado. 4.6. La teoría de la comunicabilidad de las circunstancias y la calidad del *extraneus* en la comisión del delito de peculado, en el contexto de autoría y participación. 4.6.1. El *extraneus* que participa en la acción dominada fácticamente por el *intraneus*. 4.6.2. Problemática de la instigación en los delitos especiales. 4.6.3. Problema del "instrumento malicioso no calificado". 4.6.4. El *extraneus* que domina la actividad delictiva. 4.6.5. "Instrumento calificado que actúa sin engaño". 4.6.6. Los supuestos de la utilización de un instrumento intraneus por parte del extraneus como instrumento doloso no cualificado en el Código Penal salvadoreño. 4.6.7. Infracciones especiales inapropiadas. 4.6.7.1. Unidad *versus* incumplimiento del título de imputación. 4.7. El tratamiento de la intervención del *extraneus* en el delito de peculado en el derecho penal salvadoreño. 4.8. Jurisprudencia relevante sobre el delito de peculado en El Salvador. 4.9. El delito de peculado desde la perspectiva del derecho penal económico y la teoría de la comunicabilidad.

Introducción y propósito.

En este capítulo se hará un abordaje desde la doctrina y las diferentes legislaciones internacionales que regulan el tratamiento normativo a la comunicabilidad de las circunstancias en el delito de peculado como delito especial propio, comparándolo con la regulación salvadoreña. El propósito es abordar el planteamiento de la teoría de la comunicabilidad de las circunstancias y la calidad del *extraneus* en la comisión del delito de peculado en el contexto de la autoría y participación, señalando los problemas que se plantean; al final se realizará un estudio sobre la intervención del *extraneus* en el delito de peculado, en el derecho penal salvadoreño desde la perspectiva del derecho penal económico y la jurisprudencia nacional sobre la temática.

4. Consideraciones desde la perspectiva de la doctrina y el derecho comparado.

De forma general, para el tratamiento de la punibilidad del *extraneus*, la jurisprudencia internacional ha resaltado la figura de la comunicabilidad de las circunstancias y cualidades. Es por ello que a fin de crear un margen de antecedente a los párrafos que a continuación se desarrollarán, es importante generar un desglose intelectual en los países que han planteado más interés sobre el tema, que tienen, mayor o menor relación con el criterio jurídico de El Salvador.

4.1. Tratamiento de la comunicabilidad de las circunstancias en Costa Rica.

El problema que se presenta en la comunicabilidad de las circunstancias es cuando se está frente a un hecho delictivo que es realizado en “participación”, es decir, cuando sujetos que intervienen en el delito difieren unos de otros en relación con su posición personal. De tal modo, que cada uno adquiere distintas denominaciones según la contribución que realicen o cuando concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad que no generan una afectación igualitaria a todos los partícipes.

Es decir, la comunicabilidad de las circunstancias se generan del autor al partícipe, ya sea que este actúe como instigador o cómplice, y no de estos al autor, de ello se entiende lo regulado en el artículo 49 del Código Penal costarricense²⁷¹, puesto que, las calidades personales que son constitutivas de una infracción vienen a ser imputables también para los partícipes quienes no las poseen, pero que sí eran conocidas por ellos, de modo que las relaciones, circunstancias y dichas cualidades, cuyo efecto planea generar una exclusión o disminuir la pena no tendrá influencia, sino únicamente a los partícipes en quienes concurren.

Las circunstancias materiales que agravan o atenúan el hecho únicamente se tendrán en cuenta con relación a quien, conociéndolas, ha prestado su concurso o

²⁷¹ Código Penal costarricense (Costa Rica: Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1970).

participación, de lo cual se entiende que el legislador costarricense no regula el tratamiento que se debe de dar con relación a las calidades personales que no son constitutivas de infracción alguna, cuyo efecto venga a ser agravar la pena a imponer.

Sin embargo, se debe establecer que la comunicabilidad de las circunstancias se refiere únicamente a aquella relación que existe entre el autor y los partícipes, es decir, no es posible que se llegue a hablar o que exista un traspaso de circunstancias de un autor a otro, ya que estos poseen el mismo nivel, de tal manera que implicaría llegar al absurdo jurídico de afirmar, que un coautor interviene en un delito especial, como podría ser el delito de peculado, mientras que el otro coautor, por ausencia de las cualidades especiales comete otro delito, tal como se ha explicado en el capítulo anterior, lo cual conduciría a que aquellas actuaciones y voluntades que son cometidas de manera simétrica, se les debe buscar una solución diversa únicamente por la ausencia que existe de una condición personal.

Luego, partiendo del elemento de la culpabilidad, bajo el supuesto en el que cada uno de los concurrentes lo hace de manera personal, es decir, el elemento de la comunicación no se da en relación a los partícipes -y las atenuantes de carácter personal-, ya que el artículo 49 del Código Penal costarricense determina que esto únicamente tendrá influencia sólo en aquellos sujetos que concurren, pero agrega un elemento subjetivo importante, que es el conocimiento que debe tener el sujeto no calificado al momento que este presta su concurso, ya que será la única manera en que se dé la atenuante en relación al hecho.

Como antecedente jurisprudencial costarricense, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha discutido la propuesta relativa a la naturaleza personalísima del efecto extintivo de la acción que genera la reparación integral del daño, carácter que “se deriva de la comunicabilidad de las circunstancias”. De ello también se deriva la discusión sobre si los partícipes que no toman parte en la reparación integral del daño se benefician también con el dictado del sobreseimiento.

Al respecto, el tribunal concluyó que “la comunicabilidad de las circunstancias es de naturaleza eminentemente sustantiva y referida a factores contemplados también

en la ley de fondo, objeto de estudio de la teoría de la participación”²⁷². Nótese, que el desarrollo temático que Costa Rica le brinda a la comunicabilidad de las circunstancias y cualidades es en lo referente a la atenuación, disminución o exclusión de la responsabilidad penal, siempre y cuando se tenga el conocimiento de la condición del autor principal.

Esa circunstancia no difiere del enfoque previsto en el art. 67 CP de El Salvador, es decir, el problema no subyace enteramente en la reducción o aumento de la consecuencia jurídica, sino en la posibilidad de transmitir una condición especial del tipo a sujetos que se encuentran alejados de esa circunstancia.

4.2. Tratamiento de la comunicabilidad de las circunstancias en Colombia.

En relación con la postura colombiana, esta figura se encuentra regulada en el artículo 62 del Código Penal colombiano²⁷³. Al realizar una hermenéutica de su contenido, cabe recalcar que lo que se entienda por circunstancia dará como resultado importantes consecuencias en lo pertinente a la dogmática penal, específicamente en la comunicación de esta.

En ese sentido, la configuración dogmática de la figura en el derecho penal colombiano es precisa frente a la imposibilidad de transmitir las circunstancias propias del sujeto activo. No obstante, sólo serán tenidas en cuenta para agravar o

²⁷² Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Casación, Referencia: 2007-00172* (Costa Rica: Corte Suprema de Justicia, 2007). El tribunal añadió que se trata de circunstancias que “agravan, atenúan, disminuyen o excluyen la penalidad y que se encuentran recogidas expresamente en cada uno de los tipos penales o en las normas de carácter general que disponen, entre otras, causas de atenuación, agravación o exculpación y se refieren a elementos del contenido de injusto de la conducta tipificada o del grado de culpabilidad (v. gr.: el ánimo vindicativo en el homicidio, la emoción violenta con la que actúa uno de los intervinientes en el delito, la existencia de ciertas relaciones familiares entre el ofensor y la víctima, el uso de determinados medios para ejecutar el hecho que agrava su penalidad, entre muchos otros factores)”.

²⁷³ “Las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter personal que concurren en el autor de la conducta no se comunican a los partícipes, y sólo serán tenidas en cuenta para agravar o atenuar la responsabilidad de aquellos que las hayan conocido. Las circunstancias agravantes o atenuantes de índole material que concurren en el autor se comunicarán a los partícipes que las hubiesen conocido en el momento de la planeación o ejecución de la conducta punible”. Código Penal colombiano (Colombia: Congreso de la República de Colombia, 2000), artículo 62.

atenuar la responsabilidad de aquellos que las hayan conocido, es decir, parte de la idea subjetiva del conocimiento para poder responsabilizar al particular que intervenga en un delito especial, permitiendo la atenuación o agravación de la pena. Adviértase que la temática del *extraneus* está resuelta en Costa Rica y Colombia, siempre y cuando haya conocimiento del sujeto no calificado. De tal manera que, si el particular desconoce la calidad especial del hecho, sería impune en ambos países.

En ese orden, la postura dogmática colombiana permite un tratamiento diferente únicamente al sujeto que llegue a ostentar la misma naturaleza, de tal manera, que el elemento personal se llega a catalogar como uno eminentemente circunstancial, el cual, es constitutivo de la calificación del sujeto dentro de los delitos especiales impropios y en cambio, ese mismo elemento que se tiene o se da en los delitos especiales propios es catalogado como un elemento constitutivo de la infracción penal.

Si en ambos casos, el elemento personal -el cual llega a ser constitutivo de la calificación del sujeto activo- se encuentra inmerso en la definición de la conducta típica, parece necesario concluir que en todos los casos o en la mayoría de ellos se parte del tipo penal y por lo tanto, ese es un elemento esencial del mismo, en razón que si este no concurre hace imposible que se dé la tipicidad del delito especial.

4.3. Tratamiento de la comunicabilidad de las circunstancias en España.

El escenario de la normativa de España en relación a la comunicabilidad de las circunstancias es más pacífica, debido a la redacción que tiene el mismo²⁷⁴, ya que este determina que las circunstancias personales solo causarán una afectación en la pena de aquel sujeto quien concorra en el hecho delictivo, es así que dicha fórmula legislativa da lugar a la interpretación en relación al carácter personal de las circunstancias, cada uno en razón de su esencia, ya que esta no permite ningún

²⁷⁴ Vid. El tema 4 de esta tesis, denominado “Consideraciones desde la perspectiva de la doctrina y el derecho comparado y El Salvador del *extraneus* en el delito de peculado”.

tipo de transmisibilidad a otros sujetos que lleguen a concurrir en la conducta penal, caso contrario a la redacción que se da en el Código Penal colombiano, ya que este no habla de manera tácita de circunstancias que sean de carácter personal del autor de la conducta, tal como lo hace el legislador español.

Sin embargo, surge la siguiente interrogante: ¿Qué implicación genera para la accesoriad de los partícipes esta regla? Como respuesta a ello se debe entender que, si existe un vínculo en relación con el autor, eso no significa que deba entenderse de manera estricta, ya que aquellas circunstancias personales pueden tener lugar en los partícipes, de tal manera que la vinculación a la que se hace referencia debe ser entendida como un alineamiento y fundamento de las circunstancias con los sujetos que intervienen en el hecho, antes que en el propio desarrollo de la conducta.

Es decir, lo que se propone es que la interpretación que se haga en relación al autor del delito sea para efectos de comunicabilidad, distinta al que se le da al autor de la circunstancia, de tal manera que si en algún hecho delictivo la circunstancia tiene un carácter personal y esta concurre en el partícipe del delito²⁷⁵, esta no se comunicará, pero sin duda alguna le generará una afectación punitiva; así, con esa propuesta se entiende que la accesoriad que se tiene en la participación se determinaría en los tipos penales de la parte especial, ya que aquel rol especial que se le da a los sujetos en un hecho principal, no los estaría condicionando a que puedan corresponderles en razón de las circunstancias, ni generaría un límite de eficacia a una clase en particular de sujetos, como lo es actualmente los autores.

4.4. Tratamiento de la comunicabilidad de las circunstancias en Perú.

La legislación peruana parte del principio de la incomunicabilidad de circunstancias y cualidades que existe entre los autores y partícipes, ya que, en su cláusula general sustantiva, hace referencia a la existencia de determinadas condiciones personales

²⁷⁵ Como autor de la circunstancia.

del autor o del hecho que, si bien concurren en el autor principal, no pueden ser transmitidas a los partícipes debido a ser propias del autor.

El razonamiento de dicha situación en Perú radica en poder determinar cuáles son esas circunstancias y cualidades que posee el autor que no pueden ser comunicadas a los partícipes que tienen una intervención en el hecho delictivo en virtud de todas las particularidades que pueden llegar a presentar los sujetos que intervienen, puesto que se debe tener en cuenta el carácter personal e impersonal que concurre en ellos.

En ese sentido, pese a que el artículo 26 del Código Penal peruano²⁷⁶ prescribe acerca de una serie de cualidades y circunstancias especiales que deben concurrir, este no especifica a cuál de todos de su ordenamiento jurídico se relaciona, haciendo en su lugar una referencia genérica, donde exige como único requisito, que, aunque se dé una afectación con relación a algunos autores y partícipes, no se modifica la de aquellos sujetos que intervienen en el mismo hecho delictivo.

Al tener en cuenta dicho análisis, debido al significado que se le otorga al término “responsabilidad”, es posible entender que tal precepto debe analizarse en un sentido *lato* o amplio, como la responsabilidad penal que se puede ver afectada tanto dentro como fuera de los niveles de estructura delictiva.

Como conclusión, el artículo en mención señala como regla que únicamente las cualidades especiales y circunstancias que agravan, atenúan o son generadoras de excluyentes de responsabilidad penal no son comunicables de autores a partícipes del mismo hecho delictivo, de manera que, para poder realizar diferencias en las circunstancias que afectan, ya sea agravando, atenuando o excluyendo la responsabilidad penal y los efectos que estas generan que no son comunicables en modo alguno, de todas aquellas circunstancias que son de fundamento para la responsabilidad penal, las cuales al ser de naturaleza personal, llegan a ser

²⁷⁶ “Las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible”. Código Penal peruano (Perú: Congreso de la República del Perú, 1991), artículo 26.

comunicables entre el autor y el partícipe, como resultado de la aceptación que se da del principio de accesoriadad limitada.

La problemática salvadoreña con relación a la intervención del *extraneus* en los delitos especiales, específicamente en el delito de peculado, es un tema de la comunicabilidad de circunstancias, pues a través de ella existe la posibilidad de tener por parte a los partícipes por la conducta del autor.

En el art. 67 CP, se estatuye: “[l]as circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de alguno o algunos de los autores y partícipes, solo se tendrán en cuenta respecto de quien concurra o de quien hubiera actuado determinado por esas mismas circunstancias o cualidades; (Inc. 2) La misma regla se aplicará respecto de circunstancias y cualidades que configure un tipo penal especial”.

Tal como ha sido redactado el artículo 67 del CP, es viable incorporar la serie de cuestionamientos realizados por Fontán Balestra²⁷⁷ sobre qué deberá entenderse por circunstancias y cualidades, o cuáles serán aquellas cualidades personales que recaigan en el autor, que se diferenciarán de las que sean parte del tipo penal. Esta serie de interrogantes, también válidas en el contexto del texto, exige el agotamiento de precisiones conceptuales como las que a continuación se detallan.

A manera de introducción, resulta importante destacar que no ha existido un acuerdo dentro de la doctrina y la jurisprudencia en torno a qué se debe llegar a entender por “circunstancia” o “circunstancias”, de la cual se llegue a aplicar una cláusula general de comunicabilidad. Es por ello, que uno de los problemas primordiales que se da en materia penal sobre este tema, es la identificación de los criterios que identifique lo que conformará una circunstancia clarificada de la realización del tipo.

Sin embargo, la norma del art. 67 CP identifica a las circunstancias como los hechos, condiciones de realización, motivos o móviles que afectaron al autor del ilícito y que,

²⁷⁷ Sebastián Soler. *Derecho Penal*, tomo 2 (Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1962), 55.

por haber influido en los partícipes del delito, crea una presunción legal, que asume una sola condición material de lo percibido durante la ejecución del tipo.

En este orden de ideas, la doctrina identifica dos grandes directrices alternativas, que resultan importantes para entender la finalidad semántica que el legislador ha plasmado en el art. 67 CP. A partir de ello, atiende a la razón, identificar la concepción amplia y estricta de lo que se entenderá por circunstancias.

El sector doctrinal que se decanta por un concepto amplio de circunstancias, es aquel que determina que pueden llegar a ser clasificadas como tales aquellos hechos, relaciones o datos concretos que son tenidos en cuenta por el legislador para llegar a medir la gravedad del tipo penal o de la culpabilidad; quedan comprendidas bajo este concepto no únicamente los tipos penales agravados o las atenuantes que se encuentran comprendidas en el Código Penal en su parte general, sino que, en ella también se toman en cuenta aquellos elementos o tipos que funcionan para formar subtipos agravados o que tengan algún privilegio, que son desarrollados en la parte especial del mismo²⁷⁸.

Bajo esta óptica, se determina que el elemento personal que llega a configurar la calificación que posee el sujeto activo tiene una naturaleza eminentemente circunstancial o bien, que esta no resulta esencial para que se dé la configuración del tipo penal, lo cual da la posibilidad de aplicar la regla general en relación con la comunicabilidad de circunstancias.

Como consecuencia, si se llegase a aplicar de manera estricta el punto antes mencionado, llegaría a ser necesario que exista una división en el título de imputación, del cual de manera general se llegarían a tomar como base, ya sea de manera implícita o explícita, aquellas razones de justicia material, donde se le llegaría a atribuir al partícipe, cómplice, coautor o instigador la responsabilidad penal por la comisión del tipo penal básico y al autor cualificado, la realización de otro tipo penal.

²⁷⁸ Forma parte de esta corriente Enrique Bacigalupo. Vid. *Manual de derecho penal* (Bogotá: Temis, 1994), 203.

Como se ha visto a lo largo de esta investigación, dicha teoría es rechazada por muchos autores, puesto que, a pesar de entender que los elementos que configuran o forman parte de un carácter personal constituyen la calificación que es exigida al sujeto activo, ello por el tipo penal que posee una naturaleza circunstancial, es por ello que los autores llegan a la conclusión que el título de imputación jurídica en algunas situaciones no se puede dividir, de forma tal, que la responsabilidad penal que llega a atribuírsele al partícipe se fundamenta en el mismo tipo penal cometido por el autor, del cual se entiende que las circunstancias personales se comunican entre sí, del autor al partícipe.

Por otro lado, en lo atinente a los delitos especiales propios, la doctrina de manera general considera que estos son independientes por antonomasia, ello en razón que no existe una figura “paralela” con la cual sea posible que se realice una adecuación de la conducta realizada por el *extraneus* al momento de su intervención, tal como fuese abordado en el capítulo III de esta investigación.

Es por ello, que se llega a aceptar que los elementos personales constitutivos de la calificación del sujeto activo, que se encuentra exigida por el tipo penal, es un elemento esencial que exige el injusto y no un elemento circunstancial; por tanto, no es posible que se dé o exista una aplicación a la cláusula general sobre la comunicabilidad de las circunstancias.

En este orden de ideas, se puede tener como ejemplo cuando un particular le presta ayuda al servidor público, o este le induce a que realice el delito de peculado; en ese sentido, sí le sería atribuible algún grado de responsabilidad jurídico penal, ya sea en calidad de cómplice o coautor, según sea el caso. Por ello, en este tipo de eventos, se llegaría a conservar el título de imputación jurídica del hecho que fue realizado por el autor²⁷⁹.

Aquellos autores que llegan a adoptar un concepto estricto o restringido de “circunstancia” o “circunstancias” mantienen que esta es una cubierta única y exclusivamente para aquellos elementos, relaciones o particularidades que no

²⁷⁹ Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, *Sentencia 209-2018*.

tienen vínculo alguno con el supuesto de hecho de la norma penal y que por lo tanto, estos llegan a ser elementos eminentemente accidentales, los cuales por su carácter, de ninguna manera pueden llegar a influir sobre la estructura del tipo penal, pues este trataría de situaciones relacionadas a la culpabilidad y a la punibilidad, llegando a tener una influencia corta en relación a la determinación de la pena.

Como resultado, una parte de la doctrina establece una separación entre las circunstancias en sentido estricto, las cuales únicamente deben tenerse en cuenta en lo referido a la comunicabilidad, y las excluyentes de responsabilidad en relación con la inacción, atipicidad, justificación e inculpabilidad que llegaría a tener el *extraneus*²⁸⁰. Por otro lado, se determina que forma parte del tipo específico en relación con el delito, ya sea característica o relación que llegue a tener vínculo alguno con el supuesto de hecho de la norma penal, es decir, que se lleguen a considerar los elementos típicos, esenciales por los que no se puede llegar a enmarcar dentro del concepto de “circunstancia” aquellos que son agregados del tipo básico, los cuales conforman los tipos subordinados.

Como consecuencia de ello, se puede concluir que en cuanto a la autoría o participación, si bien es cierto se encuentran regulados en el Código Penal, no se aplican por desconocimiento y la mala práctica judicial, es decir, se realizan argumentos con ligereza para la responsabilidad penal que se le debe atribuir al particular *extraneus* al momento de intervenir como autor en los delitos contra la corrupción -o para esta investigación, en el delito de peculado-, ya que son formas de intervención que deberían estar reguladas de manera clara, precisa e inequívoca, conforme al principio de legalidad, para que puedan ser sancionadas.

Por lo tanto, nótese que el punto medular entre una concepción amplia o estricta de las circunstancias será si la condición que se transmitirá es posible al ser propia o estar alejada del supuesto de hecho. En ese sentido, el tipo penal de peculado exige

²⁸⁰ Mario Salazar Marín, *Autor y partícipe en el injusto penal* (Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2011), 168. El autor sugiere que la comunicabilidad es predicable de “los elementos personales que excluyen o atenúan el injusto”, la cual operaría “entre los sujetos que estén asistidos de tales elementos”; pero este más adelante se contradice, determinando que “los elementos personales o causales excluyentes del ilícito no son temas propios de la comunicabilidad”.

en el sujeto activo una condición particular, pero esa cualidad es propia para la configuración del ilícito, de tal forma que el supuesto de hecho construido requiere, para su procedencia típica, que concurra en el sujeto activo esa condición.

Por lo tanto, el legislador en el Art. 67 CP, se ha decantado por una dualidad de estas concepciones, pues realiza una división entre una circunstancia que afectará a los partícipes cuando se hayan visto influenciados por las mismas condiciones que el autor, lo cual puede interpretarse en aquellos supuestos donde la circunstancia esté fuera del supuesto de hecho, pero además, sostiene que ese mismo supuesto será aplicable en el caso de los delitos especiales cuando configuren el tipo. Esa última idea, es clara al conjugar la circunstancia en relación con lo que el supuesto de hecho establezca para la procedencia del ilícito.

En ese sentido, para fraccionar las cualidades o circunstancias que podrán comunicarse, es necesario determinar en primer lugar que no pertenece al tipo penal y por lo tanto, las cualidades o circunstancias que se pueden llegar a considerar personalísimas que no se comunican entre sí, y en segundo lugar, exponer si las cualidades y circunstancias pertenecen al tipo penal como una agravante y por ello, no pueden ser transmitidas al partícipe cuando no son aplicables a él (como lo el parentesco, la calidad de empleado o funcionario público, médico, notario, entre otros).

Debido a lo anterior, el art. 67 CP limita la transmisión de la condición especial a los partícipes de forma automática, por el hecho que comprende a la cualidad, al menos para ese supuesto, como parte configurativa del ilícito. En ese orden, cuando se trate sobre el delito de peculado, la comunicabilidad de la cualidad solo influenciará a los restantes autores o partícipes, cuando en ellos también recaiga la misma condición; caso contrario, ello no podría ser procedente, pues una cualidad especial, al recaer directamente en el autor y ser parte de la configuración del ilícito, limitaría su traspaso hacia quien no puede ser sujeto activo del ilícito.

Sobre ese particular, en el derecho comparado, la Corte de Justicia peruana sostuvo que los *extraneus* no pueden responder como partícipes en los delitos de infracción

del deber en virtud de la incomunicabilidad de las circunstancias que regula la ruptura del título de imputación, "pues ello hundiría sus raíces a que en los delitos de infracción de deber nadie más que el sujeto con estatus puede quebrantar la norma de conducta, y todo apoyo o aporte que reciba escapará al radio punitivo de la norma que sólo pretende alcanzar a un sujeto con condiciones especiales"²⁸¹.

Nótese que, dentro del criterio de la jurisprudencia internacional, es el *estatus de autor* lo que impide la comunicabilidad de las circunstancias y cualidades en los delitos especiales, como ha sido el criterio interpretativo que se ha realizado en este análisis, respecto al art. 67 CP.

Ahora bien, precisamente sobre el peculado también es dable resaltar si, la calidad de autor especial, necesariamente es una condición del tipo penal o al contrario, es únicamente un requisito propio del sujeto activo; sin embargo, ello respondería a una solución con resultados equiparables sustancialmente, pues la cualidad especial es tanto parte de la construcción típica del peculado como del autor, por lo cual, la comunicabilidad de las circunstancias y cualidades se verían limitadas en cualquier ámbito.

4.5. El delito de peculado en el derecho comparado.

Previo al exclusivo desarrollo nacional sobre el injusto de peculado, es válido comparar ese tipo penal de acuerdo con lo dispuesto en la normativa de dos países de los estudiados anteriormente, es decir, Colombia y Costa Rica. Para ello, es viable destacar que el punto en común a verificar en el contenido del delito regulado en esas normativas es, por un lado, si es persistente la calidad especial del sujeto activo para ser considerada la conducta como típica y, además, si existe

²⁸¹ Sala Penal Permanente, *Sentencia Casatoria, Referencia: 782-2015* (Perú, Corte Suprema de Justicia de la República, 2016). En el considerando 10, se señala que "[e]l artículo 26 del CP recoge la tesis de la ruptura del título de imputación, esto significa que, en los delitos especiales, el estatus del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta a él. La razón estriba en que los delitos especiales criminalizan conductas que solo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el desvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona. Si lo que permite sancionar es esa condición particular del agente, todo aquel que no la tenga escapa al radio punitivo de la norma por aplicación del principio de legalidad".

pronunciamiento en el contenido del delito, sobre la posible participación de sujetos ajenos al requisito esencial.

En ese orden, al interpretar exegéticamente los artículos 397 del Código Penal de Colombia²⁸² y 354 del Código Penal de Costa Rica²⁸³, es diáfana la presencia del sujeto especial en el margen de los elementos objetivos del delito de peculado. Para el caso de Colombia, se requiere la calidad de servidor público y en relación con Costa Rica, la de funcionario público. Ambas posturas, al ser de un delito especial propio, exigen la condición en el sujeto activo y a su vez, se califican con la intención de proteger los caudales públicos que han sido confiados en función del cargo para el servicio del Estado.

En ese sentido, Colombia, al igual que en la tipificación del delito de peculado en El Salvador, considera únicamente como posible autor al *intraneus* que ostente la protección de los bienes del Estado. En realidad, la postura del delito de peculado colombiano presenta similares características a la pena a imponerse según el valor de lo que haya sido apropiado por el servidor del Estado.

²⁸² “El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a doscientos setenta (270) meses, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término. [...] Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes. [...] Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ochenta (180) meses e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado”. Código Penal colombiano, artículo 397.

²⁸³ “Será reprimido con prisión de tres a doce años, el funcionario público que sustraiga o distraiga dinero o bienes cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada en razón de su cargo; asimismo, con prisión de tres meses a dos años, el funcionario público que emplee, en provecho propio o de terceros, trabajos o servicios pagados por la Administración Pública o bienes propiedad de ella. [...] Esta disposición también será aplicable a los particulares y a los gerentes, administradores o apoderados de las organizaciones privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios, en cuanto a los bienes, servicios y fondos públicos que exploten, custodien, administren o posean por cualquier título o modalidad de gestión”. Código Penal costarricense, artículo 354.

Por otro lado, Costa Rica asume en el tema de los autores o partícipes en el delito de peculado una tesis que admite la penalidad del *intraneus* o el *extraneus*, siempre y cuando se cumpla la apropiación del caudal público con beneficio propio o a favor de un tercero. En ese sentido, Costa Rica no limita la persecución penal con base a la condición especial del autor; al contrario, prevé la posibilidad de perseguir a los particulares no calificados, aunque no comparezca en ellos la condición especial. Es decir, la variante aplicaría al imponer la sanción en el delito de peculado, para atenuar o agravar la intervención del particular al tener conocimiento de la calidad del *intraneus*.

Ese avance costarricense podría entenderse desde la finalidad de protección del bien jurídico protegido, que es la administración pública, pues el propio legislador autoriza la sanción de los *extraneus* en el delito de peculado. De igual forma, la postura costarricense retoma la posibilidad de sancionar a los gerentes, administradores o apoderados de las organizaciones privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios de cualquier fondo público.

En esa línea de pensamientos, si bien en el caso de Colombia y Costa Rica el peculado se regula como un delito especial propio, en cuanto al segundo país existe una innovación en la sanción penal del *extraneus* que no se encuentra catalogada en El Salvador, ni en Colombia. Ese criterio es una visión amplia del título de la imputación, que no se ve aislada por la condición especial en el sujeto activo. Es así como, al estar previsto de forma expresa en la disposición penal aplicable, el principio de legalidad no se violenta y se fortalece la ponderación que el órgano legislativo realizó al poder limitar la libertad personal de los particulares que cometan el delito de peculado.

En el caso de Costa Rica, es posible afirmar que, según la estructura del supuesto de hecho del delito de peculado, se está siempre frente a un delito especial propio; sin embargo, la discusión debería suscitarse en si el sujeto particular ajeno a la calidad especial, pero con conocimiento, realmente debe tener una especial relación con el caudal público, o en el caso del grado de partícipe, con el sujeto activo que figure como servidor del Estado.

4.6. La teoría de la comunicabilidad de las circunstancias y la calidad del *extraneus* en la comisión del delito de peculado, en el contexto de autoría y participación.

La serie de argumentaciones tratadas hasta este epígrafe conducen hacia la comunicabilidad de las circunstancias y cualidades, como una posibilidad de imponer sanción a sujetos extraños a la condición especial, cuando participen en la consumación de un delito especial propio.

Sin embargo, ello conlleva a tratar de limitar uno de los principales problemas que presenta una norma, derivados de la construcción semántica que de ella se ha realizado. En virtud de ello, autores como Aarnio determinan que la interpretación debe encontrarse sustentada sobre un elemento o un relieve altamente dogmático-jurídico; tras ese contexto, por un lado, se debe tomar en cuenta lo relativo a todas aquellas interpretaciones que encuentran su base en el contenido del ordenamiento, y por otro, aquella locución hermenéutica de la automatización de contenido²⁸⁴.

Bajo ese predicado concerniente a la hermenéutica jurídica, independientemente que este recaiga sobre un enfoque normativo por medio de los diversos textos jurídicos o casuísticos con relación a los problemas que se generan por la aplicación de la norma, ello permite que se creen significados múltiples sobre una disposición normativa²⁸⁵. Por ejemplo, el ámbito al que refiere la comunicabilidad de las circunstancias y cualidades es la transmisión de lo que afectó a un autor a los demás partícipes al momento de la realización del delito, pero en otro contexto, los conceptos circunstancias o cualidades de forma aislada podrían utilizarse como partes integrantes del tipo, verbigracia, las circunstancias como medios elegidos para la realización del delito, o también, la calidad de funcionario en el delito especial.

²⁸⁴ Jaime Cárdenas García, *Manual de Derecho Constitucional* (Tirant lo Blanch, Ciudad México 2020), 884-885.

²⁸⁵ Por medio de ello se puede verificar como una norma determinada puede dar lugar a dos vertientes de formulaciones normativas sobre un mismo precepto, es decir, que esta puede tener una visión axiológica o interpretativa o, por el contrario, esta da su significado por medio del mismo enunciado que la norma ofrece.

4.6.1. El *extraneus* que participa en la acción dominada fácticamente por el *intraneus*.

Como se observa, se puede cuestionar la imposibilidad de ser el autor como individuo calificado; sin embargo, no se discute que, a diferencia del *intraneus*, el *extraneus* siempre puede asumir formalmente tal condición, al menos, cuando se enfrenta a una infracción especial impropia. La aptitud formal antes mencionada se vuelve imperativa, sea cual sea es la teoría de la autoría electa, cuando el *intraneus* ejerce materialmente el dominio de la actividad delictiva. Este dominio puede presentarse en cualquiera de las modalidades de autoría singular: autoría directa o autoría mediata, según se cometa el delito personalmente o mediante un instrumento desprovisto de conocimiento y voluntad.

Bajo esa tesitura, la admisión de autoría mediata en delitos especiales, instrumentalización de *extraneus* por el *intraneus*, no se discute como regla general²⁸⁶, con la hipótesis que se debería hacer una excepción a la regla: la de la práctica de un delito que además de especial, se caracteriza por ser de la propia mano; en ese sentido, con respecto al *extraneus* que colabora con la ejecución del delito dominado materialmente por el *intraneus*, la doctrina imperante entiende su punibilidad, siempre como participación.

Debido a lo anterior, a manera de ejemplo, puede citarse: un empleado de una institución financiera que brinda asistencia material para que los directores malversen los activos de la entidad legal para su propio beneficio; o también, en el caso que un secretario judicial, instigado por un abogado particular y queriendo beneficiarlo, retrasa la práctica de un acto oficial. En estas hipótesis, tanto desde la perspectiva del dominio final del hecho, como desde la perspectiva de cualquiera de las teorías basadas en una idea normativa de dominio o en la concepción del incumplimiento del deber, el particular, si es sancionable, será como mero partícipe,

²⁸⁶ “El razonamiento es sencillo: quien puede cometer un delito por sí mismo puede hacer lo mismo que otro. En el presente, el razonamiento es aún más claro para dar un reconocimiento legal expresado en la construcción de autoría mediata” Quintero Olivares, *Manual de derecho penal, parte general*, 105.

y eso es porque, por un lado, no controla el evento típico y por otro lado, ni siquiera cumple con los requisitos formales típicos que lo convertirían en un autor idóneo del delito especial.

Tal es la solución que se apoya predominantemente en la doctrina y jurisprudencia extranjera, que, siendo defendible bajo cualquier punto de vista doctrinal en cuanto al criterio de responsabilidad penal aplicable a delitos especiales, no genera muchas dudas, independientemente de la postura predominante sobre la punibilidad del *extraneus* (siempre como partícipe), ello por una corriente minoritaria -incluida esta investigación- que aboga por la no impunidad del incondicional que colabora con el delito especial.

En España, el gran defensor de esta corriente es Ricardo Robles, ya que la particularidad de la opinión del autor español se deriva de la idea de que los tipos de delitos previstos en la parte especial de los códigos penales no disciplinarían sólo la conducta principal del autor, pero quedarían directamente subsumidas en toda forma de ataque a la propiedad protegida, incluidas las modalidades de participación; este sostiene que, según la terminología acuñada por Mir Puig, el delito "pertenece" no al autor, como sostiene el catedrático de la Universidad de Barcelona, sino a todos los intervinientes que siendo responsables de sí mismos, responderían cada uno de su propia fechoría²⁸⁷.

Finalmente, debe asumirse la punibilidad del *extraneus* que contribuye a la práctica criminal dominada materialmente por el *intraneus*, la solución a la que llegan -a través de fundamentos jurídicos bastante diferentes, es cierto- todas las teorías aquí analizadas (teoría del dominio final, teoría del incumplimiento, teoría del dominio

²⁸⁷ Wolfgang y Robles, *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en derecho penal*, 129. Los autores sostienen esta opinión por lo que clasifica como "delitos especiales del deber" en contraposición a "delitos especiales del cargo". Para ellos, no constituyen delitos especiales legítimos, ya que la limitación del círculo de autores se basaría en la mera posibilidad concreta de vulnerar el interés legal protegido. Concretamente, ejemplifican con el delito tributario, cuyo sujeto activo solo puede ser el contribuyente, independientemente del incumplimiento de deberes que configuran la posición del *intraneus*.

normativo y pertinencia del agravio) es la misma: o *intraneus* es un autor; o el *extraneus* es un partícipe.

4.6.2. Problemática de la instigación en los delitos especiales.

En cuanto a la base material del castigo del partícipe, el instigador es penado por la contribución que hace al hecho principal, dado que es un presupuesto necesario para la sanción de la conducta instigadora y de complicidad que el hecho principal alcance al menos el umbral de la tentativa, y que los respectivos marcos penales se delimiten de acuerdo con lo que corresponda al hecho tentado o consumado del autor. Debe ser reconocido, que en el sistema penal salvadoreño²⁸⁸, hay una dependencia jurídica y no puramente fáctica del instituto de participación frente a la autoría; en efecto, el comportamiento del participante es, entre nosotros, de carácter accesorio, pues su contenido ilícito está determinado y deriva esencialmente del hecho practicado por el autor principal, por lo que representa un concepto subordinado a la autoría.

Sin embargo, esta idea aún no justifica plenamente la base del agravio del partícipe en delitos especiales, ya que hay algunos elementos relacionados con los contenidos ilícitos del comportamiento del partícipe que son perfectamente autónomos y que no puedan ser explicados por el principio de accesoriedad, ya que no pueden derivar del hecho principal; estos son los casos en los que el perjuicio pertenece al partícipe, es decir, quien determina que otra persona destruya un objeto aparentemente extraño, pero que en última instancia se encuentra dentro del ámbito de la propiedad del instigador, no puede ser castigado por instigación, aunque el hecho practicado por el autor sea típico e ilícito; es evidente por tanto, que para que la conducta del participante sea sancionada, el bien jurídico agredido

²⁸⁸ Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación, Referencia; 329C2016* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017). La Sala de lo Penal ha cuadrado a los grados de participación como aquellos que brindan un auxilio eficaz y consiente a los actos del ejecutor principal. Este criterio no separa esa accesoriedad del camino de la producción del delito, es decir, el empleo simultáneo de medios contundentes a abonar al plan criminal son actos que garantizan, facilitan o contribuyen directamente a la consumación del ilícito y, por derivación, a la puesta en peligro o menoscabo directo del bien jurídico protegido.

también debe ser protegido de los ataques que pueda dirigir, de modo que su acto es consustancial.

En estos términos, el fundamento material de la sanción prevista por participación reside en la circunstancia de que el partícipe, al contribuir a la práctica del hecho principal, ataca mediatamente el interés jurídico amparado por el tipo inculpativo de parte especial; además de superar las incompatibilidades con el sistema, que fueron reveladas por la teoría pura de la causalidad -que defiende la autonomía total del ilícito del participante-, y por la teoría de la causalidad de orientación accesoria, que entiende que el ilícito del participante está determinado exclusivamente por el hecho del autor, esta solución respeta plenamente el principio de culpabilidad, ya que el participante no es responsable del hecho ajeno, sino de la propia comisión del delito.

Sobre esa base de argumentos, la visión accesoria de la participación en un delito, ya sea de naturaleza común o especial –como el peculado- no se inhibe ni se prohíbe a la luz de lo dispuesto por el Código Penal en su parte general, en ese sentido, el debate no es reconocer la posible contribución de ajenos al hecho principal cometido por el autor directo, sino, si esa contribución se desestima por el hecho de que el partícipe no reúne una condición especial que el delito especial exige en la adecuación típica del sujeto activo, lo que procede aun cuando la conducta accesoria haya sido lesiva y necesaria para la consumación del menoscabo al bien jurídico que se atribuye al autor principal.

Según el Dr. Paulo Pinto, la instigación consiste en la determinación de otra persona de practicar un hecho ilícito típico específico, cuando el instigado no había tenido previamente intención de ese hecho ilícito típico. Por ello, el instigador tiene una doble intención: por un lado, con la determinación del instigado y por otro lado, con el hecho concreto -consumado o tentado- cometido por el instigador. Así, todos los elementos subjetivos típicos deben ser verificados en el instigador, pero siendo irrelevante el error sobre la identidad de la víctima siempre que esa identidad no sea un elemento del tipo.

Asimismo, se establece que el instigado tiene la libertad de determinar su voluntad y la intención del tipo, por ello se dice que el instigador no tiene el dominio del hecho ni el “dominio de la voluntad” del instigado y por lo tanto, se defiende en la mayoría de las veces con el argumento de que el instigador sólo es castigado si el instigado inicia efectivamente la ejecución del hecho, quedando impune el intento -frustrado-. En ese orden, la instigación, desde el punto de vista de este autor, es una forma de participación, colocando en ella, el problema de la accesoriedad del hecho instigador en relación con el hecho principal -intencional- del instigado²⁸⁹.

En definitiva, el instigador como partícipe, al no tener el control del hecho, es sancionado por la colaboración que paga al hecho ilícito del autor principal, pues el contenido ilícito de su aportación tiene un carácter accesorio, es decir, está esencialmente determinado por el hecho del autor, pero también revela rasgos autónomos, implementando así un ataque independiente (aunque mediado) al interés jurídico.

Por su parte, autores como el doctor Jorge Figueiredo Días refutan el argumento de quienes integran la instigación a la participación porque está sujeta al principio de accesoriedad; sin embargo, y como se mencionó anteriormente, se entiende que la sanción de la instigación depende de la ejecución o inicio de la ejecución del hecho por parte del agente inmediato, pues no tiene nada que ver con el principio de accesibilidad, sino más bien constituye una exigencia política criminal, ligada a una idea que siendo el proceso de determinación esencialmente interno o psicológico, la ley entendió expresamente que la determinación solo puede considerarse verificada cuando conduce a la práctica instigando actos que la revelen, ejecuten o exterioricen.

De acuerdo con el principio de responsabilidad propia, todas las situaciones en las que, en virtud de la actuación del “hombre de atrás”, el “hombre de delante” -el llamado instrumento-, lleva a cabo el hecho de una manera que no es plenamente

²⁸⁹ Paulo Pinto Albuquerque, *Introducción a la discusión actual sobre el problema de la culpabilidad en el derecho penal*. Traducción del francés (Almedina, 1994), 58.

responsable, esto no se le puede imputar como fraude, es así como no se verifica esa condición básica.

Por ejemplo, si el testafarro actuó de forma plenamente responsable desde el punto de vista jurídico penal, entonces no debería ser responsable del autor mediato, sino como instigador, o quizá cómplice; así, el principio de auto responsabilidad no es un criterio para toda autoría, en cualquier situación en la que intervenga un “hombre de frente” y un “hombre de atrás”, sino un criterio de autoría mediata y solo ésta, para que no se produzcan brechas de castigo, como, castigar como perpetrador al responsable de la más “mínima tajada” de responsabilidad penal y como mero partícipe al que al final fue el auténtico centro personal del ilícito, es decir, en principio una culpa más pesada, por lo que se cree, sin embargo, que la solución a las dificultades no se encontrará en una expansión desproporcionada del concepto de autoría mediata, que lo hace perder los contornos precisos que impone la fidelidad a un concepto restrictivo de autoría, sino en colocar otra forma al lado de la autoría mediata de verdadera autoría, la instigación.

En ese sentido se ha expresado la jurisprudencia salvadoreña, que ha reconocido que en los delitos contra la corrupción de la administración pública pueden existir otras formas de participación distintas del *intraeus*, por ejemplo, el sujeto que brinde una colaboración al autor del delito especial que es el *extraneus*, puede responder a título de partícipe de un delito especial”. Consecuentemente, es necesario señalar que la punibilidad del partícipe en un tipo penal depende de las reglas de la accesoriedad de la participación, de que exista un hecho principal doloso.

Con base en el art. 37 CP, la accesoriedad limitada se refiere como el principio y alcance de la responsabilidad de los partícipes, que exige la existencia de un hecho injusto; es decir, la punibilidad de los partícipes depende en la medida que exista un hecho por lo menos típico y antijurídico, de la realización del hecho principal. De igual forma, especial mención merece un tipo de partícipe que se regula en el art. 330 CP prescribe como forma de participación del tipo penal de cohecho propio, lo

que la doctrina denomina el “partícipe en la mediación”, puesto que la descripción típica refiere el caso de: “una tercera persona que actúa con el objetivo de poner en contacto a las dos partes de la negociación, y a través de ésta se requiere o recibe la dádiva, la cual generalmente no reunirá la cualidad especial del autor, por lo que si se trata del *Extraneus* responderá a título de partícipe” ²⁹⁰

En conclusión, dado que entre el instigador y el hecho delictivo existe un acto doloso y en virtud que la determinación es un proceso psicológico, se justifica que por regla general, el castigo del instigador dependa del inicio de la ejecución del hecho por los instigados, esta exigencia se fundamenta no en la idea de que la instigación se enfrenta a una forma de participación, sino en dos razones principales de carácter dogmático y de orden político criminal, ligadas a la esencia misma de la instigación: si el intérprete actúa con una forma de manera plenamente responsable, la conducta del instigador sólo es peligrosa para el interés jurídico penal cuando el instigado inicia la ejecución, ya que sólo entonces se puede afirmar la existencia de un peligro inmediato e inminente para el interés protegido.

En opinión de los autores, enmarcar la instigación dentro de la autoría para este tipo de delitos también tiene una ventaja importante, ya que permite incluir muchas situaciones en las que el “hombre detrás” es el verdadero dueño del hecho, manteniendo así el dominio de este, pero que no son verdaderas, como son los casos de autoría mediata, porque no se utiliza al testaferrero como instrumento.

4.6.3. Problema del “instrumento malicioso no calificado”.

La solución casi uniforme de la doctrina sobre la punibilidad del *intraneus* como autor directo o mediato y del *extraneus* como partícipe ya no se sostiene ante el caso límite del llamado “instrumento voluntario incondicional”, en el que un *intraneus* usa al *extraneus* para cometer un delito especial propio.

²⁹⁰ Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, *Sentencia de Apelación*, Referencia: INC-243-2017 (San Salvador: Órgano Judicial, 2018).

Resulta que, a diferencia de la hipótesis tradicional de autoría mediata, garantizaría la punibilidad del sujeto calificado “desde atrás”, en el caso del “instrumento malicioso no calificado” el *extraneus*, quien comete el crimen no solo lo hace con su propia mano, sino con plena conciencia y voluntad para hacerlo, es decir, con intención. Las dificultades relacionadas con esta situación excepcional son tales que, se atribuye a Roxin el desarrollo para poder resolverlos satisfactoriamente. Después de todo, aplicando correctamente la teoría del dominio final de los hechos, sería inevitable reconocer el dominio en manos del *extraneus*, calculando al *intraneus* como mero instigador²⁹¹.

Sin embargo, teniendo en cuenta que el *extraneus* no puede ser el autor de un crimen especial, por no contar con las condiciones exigidas en el tipo de infracción, y que el *intraneus* no puede responder como partícipe de un delito sin autor debido al carácter accesorio de la participación, la aplicación de la formulación tradicional de la teoría del dominio final conduciría inevitablemente a la impunidad tanto de los individuos calificados como de los no calificados.

En ese sentido, el precio de la impunidad, siempre se considera alto, especialmente cuando va en contra del sentimiento de justicia material; esto es así, porque el vacío legal que produce la hipótesis del “instrumento voluntario incondicional” podría representar una “salida” para la práctica impune de un delito especial.

Esta ausencia de necesidad legislativa -de interés general-, en relación a encontrar una ponderación necesaria para respetar los principios mínimos de la intervención penal, pero también, con relación a crear un margen de prevención general y especial para evitar la impunidad en estos casos, sobre todo, cuando el ámbito de ejercicio de delitos como el de peculado, por tradición histórica salvadoreña, son generados no solo por la acción directa del sujeto especial, sino porque son actos masificados dentro de la administración pública que han requerido de la intervención

²⁹¹ La especificidad de los casos que se están discutiendo consiste en que los requisitos de los que depende la autoría de los delitos especiales -calificación de autor y ejecución de la acción- se dan en dos personas distintas. El *intraneus* realiza en su propia persona sólo el presupuesto de la calificación de autor, y con respecto a la acción, por el contrario, dado que es intencionalmente llevada a cabo por el *extraneus*, su comportamiento tiene la estructura de instigación.

de particulares para el disfraz de las actuaciones ilegales, es decir, aquellos delincuentes de cuello blanco privados que intervienen por medio de sobornos con los funcionarios para obtener beneficios -verbigracia, ganar una licitación pública-.

En tal sentido, incluso antes del desarrollo de la teoría de los crímenes de incumplimiento del deber por Roxin, la doctrina y la jurisprudencia alemana ya resolvieron estos casos atribuyendo al *intraneus* la condición de autor mediato, lo que no se verificó. Sin embargo, fue un fundamento dogmático correcto para esta solución, según el entendimiento del autor alemán.

La solución encontrada por Roxin consistió en la remoción de la teoría del dominio de hecho, a favor de la aplicación exclusiva de la tesis del incumplimiento del deber, modificando los criterios de identificación de la conducta principal, mediante lo cual, sería posible atribuir al *intraneus* la autoría del delito especial, a pesar de la falta de control material sobre el evento típico; así, concluyó que el *intraneus* no sería un simple instigador, sino el verdadero autor mediato del delito especial, en virtud de asumir el papel de obligación especial como único factor determinante para afirmar la autoría²⁹²; el *extraneus*, a su vez, como “cooperador sin incumplimiento del deber”, solo podía responder mediante la participación.

La base teórica que ofrece este autor para mantener la solución de mediar en la autoría de *intraneus* no salió ilesa de las críticas a la doctrina. Algunos de los autores como Jakobs, Sánchez Vera y Silvina Bacigalupo, identificaron una inconsistencia interna en la propuesta de Roxin. Para estos autores, el fundamento de la autoría en el mero incumplimiento del deber llevaría al *intraneus* -independientemente que haya cometido el delito personalmente o por medio de otro-, a siempre ser el autor directo, pues la estructura de la autoría mediata, como señalan los mencionados autores, no incluiría los delitos de incumplimiento del deber²⁹³; así, argumentan que

²⁹² Roxin, *Autoría y dominio del derecho penal*, 280 y ss.

²⁹³ En la práctica, para sostener que el simple incumplimiento del deber que caracteriza la autoría debe carecer de importancia en la distinción de sí mismo, en estos delitos la posibilidad de admitir la autoría mediata, porque el incumplimiento del deber debe caracterizar más a la autoría. Parecería que en la construcción de Roxin se recurre a la autoría mediata, pues a pesar de su nueva formulación sobre las infracciones del deber, no necesita ser retenida mientras el instrumento deba realizar una tarea que hay que dominar.

una solución adecuada consistiría en castigar a los *intraneus* como autor directo, manteniendo el castigo del *extraneus* como participante.

Esto explica por qué la doctrina dominante reconoce en el caso del “instrumento voluntario no calificado” es una hipótesis especial de autoría mediata, generalmente sustentada en bases normativas, entonces para Hans-Heinrich y su “dominio normativo-psicológico”²⁹⁴, debería tenerse en cuenta que el delito especial en sí mismo nunca podría cometerse sin la mediación o cooperación del *intraneus*, sin el cual la conducta del *extraneus* no tendría relevancia para el derecho penal, según el autor, dado que la colaboración del individuo calificado es determinante para el delito, sería necesario reconocer en él el carácter de autoría normativo-psicológico.

Según este entendimiento, el *extraneus* debería responder como autor del delito especial, en virtud de la regla de extensión que incorporaría la cláusula de “actuar en lugar de otro”; a su vez, el *intraneus* se limitaría al papel de instigador. Hay varias objeciones a tal solución, primero, se considera que es ilegal recurrir a la cláusula de “actuar en lugar de otro”, ya que no sería una hipótesis real de representación, lo que presupondría el supuesto, por parte del *extraneus*, de la función social que desempeña el *intraneus* y, en segundo lugar, la solución parece atacar la idea de la base material de los delitos especiales, cuando sugiere que el *extraneus* en lugar de *intraneus* (*idea incompleta*).

El argumento puede reforzarse para desestimar el cargo de violación del principio de legalidad, asegurando a la doctrina la posibilidad de moldear los conceptos de autoría y participación dentro de los demás parámetros legales y de acuerdo con los criterios de política criminal, pero la comprensión ontológica de estos conceptos, comúnmente apoyados por la doctrina, parece ser una mera opción interpretativa y no exactamente un imperativo legal, pues la adopción de un concepto de bases más normativas y por tanto, de carácter adscriptivo, posiblemente abriría caminos para su mejor adecuación.

²⁹⁴ Jescheck, *Tratado de derecho penal, parte general*, 610.

4.6.4. El *extraneus* que domina la actividad delictiva.

La segunda hipótesis general que involucra la concurrencia de personas en los delitos propios especiales es el *extraneus* que ejerce control sobre la actividad delictiva, proporcionando al *intraneus* colaboración sin dominar el hecho. Si el dominio por el *intraneus* no generó muchos problemas concretos, aunque las soluciones idénticas podrían basarse en puntos de vista teóricos bastante diferentes, la hipótesis que se analiza hace que esta diferencia de fundamento dogmático sea razonable en la práctica.

Así, manteniendo el criterio de dominio final sobre el hecho en la hipótesis, este aspecto conduce inevitablemente a la impunidad tanto para el *extraneus* que controla el hecho y al *intraneus* quien colabora, nuevamente por la imposibilidad legal del *extraneus* responder como autor de un delito especial y del carácter accesorio de la participación, lo que hace que la punibilidad del sujeto calificado dependa del castigo del interviniente principal.

En ese sentido, la solución de la doble impunidad es, también aquí, considerada indeseable por la doctrina de la teoría del incumplimiento del deber, pues para los autores que lo sustentan, es absolutamente irrelevante saber quién, entre un individuo calificado y un individuo no calificado controla el evento típico, aquí el único aspecto que importa es el incumplimiento del deber por parte de los especialmente agradecidos. En este caso, será posible justificar que incluso si el *intraneus* no tenga dominada materialmente la acción, debe responder como autor en la medida en que permitió conscientemente la práctica de un delito que el *extraneus*, de forma aislada nunca podría haberse comprometido²⁹⁵, pero la situación se complica si se asume la contribución causal de un *intraneus* que actúa sin conciencia ni libertad para actuar.

²⁹⁵ Entonces la conclusión de Mir Puig, al afirmar que "en las infracciones especiales propias de la calificación de la intervención de '*extraneus*' como participante en el delito de '*intraneus*' es la única posible, ya que no hay otra infracción en la Parte Especial que destaque al '*extraneus*'" Mir Puig, *Derecho penal: fundamentos y teoría del delito*, 401.

4.6.5. “Instrumento calificado que actúa sin engaño”.

Esta hipótesis, se discute con menos frecuencia en la doctrina que la anterior cuestión del “instrumento malicioso incondicional”. Sin embargo, aunque probablemente se verifique en la práctica con mayor dificultad, la hipótesis del “instrumento calificado sin engaño” o del “instrumento calificado imprudente” es quizás aún más problemática, ya que acá, contrariamente a la situación que caracteriza el caso del “instrumento voluntarioso incondicional”, es el *extraneus* quien instrumentaliza el *intraneus* para practicar una conducta prevista únicamente como delito especial en sí misma, pues el tipo no calificado que se encuentra detrás engaña o coacciona al *intraneus* para que él ejecute el delito.

Partiendo de la teoría del dominio del hecho, es inevitable reconocer que el *intraneus* sea capaz de asumir la condición de autor del delito especial, no tiene control sobre el hecho típico, esto está en manos del *extraneus*, el cual, sin embargo, no reúne las características o condiciones requeridas para asumir la condición de autor, así la impunidad de ambas partes se comprueba, nuevamente, ineludible al recurrir al criterio del dominio naturalista para resolver casos de “instrumento calificado sin engaño”.

Para Quinteros Olivares, la idea de dejar al *extraneus* que instrumentalice al *intraneus* para la comisión de un delito especial es repugnante, pues a través de su comportamiento, daña un interés social; empero, ni siquiera este argumento permitiría disipar el insuperable principio de legalidad, que no admite la autoría mediata del *extraneus* en una ofensa especial propia²⁹⁶.

La brecha de castigo aparentemente inevitable generada por estos casos es impugnada por la teoría de las infracciones del deber que, vista y revisada, considera la infracción del deber especial que vincula al *intraneus*; entonces, de acuerdo con Roxin, la participación como “intervención sin infracción de deber”, contrariamente a lo que ocurre en los delitos de dominio, prescinde de una conducta intencionada principal, siempre y cuando la intervención del *intraneus* típico se

²⁹⁶ Quintero Olivares, *Manual de derecho penal, parte general*, 115.

enmarque en términos objetivos. Esta construcción permite que a la teoría de Roxin fundamentar la responsabilidad del *extraneus* como instigador, aunque la conducta del autor se verificó en un contexto de error tipográfico o culpa en sentido estricto.

El autor parece tener su parte de razón, especialmente con respecto a la hipótesis ahora analizada; después de todo, el intento de castigar al *extraneus* determina la práctica de un delito especial cuando, de forma aislada, el mismo *intraneus* no cometerá ninguna infracción practicando plenamente la conducta prevista en el tipo de infracción, por lo que, si el legislador quisiera restringir el alcance del delito a solo una lista de individuos es porque, incluso si personas no calificadas pueden poner en riesgo o incluso dañar el interés o valor protegido, esto no sería lo suficientemente relevante para justificar la intervención de la ley penal.

Se podría argumentar que en respuesta criminal que considera al partícipe *extraneus* que sólo colabora con un delito especial en sí mismo perpetrado por el *intraneus*, pero lo deja impune cuando domina la misma práctica criminal, para tal crítica, la única respuesta posible sería considerar que en la primera, si el *extraneus* contribuye a una acción u omisión criminalmente relevante, la relevancia del acto no solo radicaría en sí mismo, sino también en la persona que lo realiza. En la segunda hipótesis, no existiría una conducta seleccionada por la Ley Penal, de ahí que independientemente de la entidad de intervención de la *extraneus* y la posible violación de un bien legal, el castigo no sería legalmente justificable.

4.6.6. Los supuestos de la utilización de un instrumento *intraneus* por parte del *extraneus* como instrumento doloso no cualificado en el Código Penal salvadoreño.

En el Código Penal salvadoreño, cuando se trata de conductas penalmente relevantes de un delito especial propio, verbigracia, el delito de peculado tipificado y sancionado en el art. 325 CP. El problema es sumamente grave, pues el *extraneus* que actúa de modo inmediato no puede ser autor del delito de peculado, ya que le falta la característica personal exigida en el supuesto de hecho, resultando su conducta en principio atípica. El inductor *intraneus* no podría responder como

instigador²⁹⁷ en virtud del principio y alcance de los partícipes, la cual es limitada de la participación.

Ergo, en el caso predicado, se habría podido cometer materialmente el delito de peculado que., no obstante, no se podría responsabilizar, por lo que supone una posible laguna de penología. Incluso, se podría acudir a la figura dogmática de la autoría mediata²⁹⁸, por utilización de un instrumento doloso no calificado. En el mismo caso planteado el *intraneus* sería el “hombre de atrás”, como autor mediato del hecho, y el *extraneus* un cómplice necesario, a pesar de que realiza directamente el hecho.

Cabe agregar que, la afirmación de la autoría mediata del *intraneus* parece una mera postulación de principio, por no estar debidamente fundamentada en criterio material alguno que brinde razones argumentativas para explicar que nos encontramos ante una utilización de un instrumento y que el funcionario público – *intraneus*- domina el hecho. A este respecto, resulta sin razones justificadas el argumento no convincente desde la teoría de la pertenencia del hecho al *intraneus*, porque aparte de no parecer correcta en general la citada teoría, su argumentación en este punto no va mucho más allá de decir que un *extraneus* no puede ser autor de un delito especial en general y de peculado en particular, sin que quede claro porque deba pasar la autoría al *intraneus* que no realizó la acción típica -apropiarse del injusto de peculado.

Bajo esa línea de disquisiciones, si se rechaza la construcción de la autoría mediata por la utilización de instrumento doloso no cualificado y no se plantean algunas reformas, se produce una laguna de punición que no parece justificable.

De las alternativas que se han estudiado en esta investigación, puede admitirse el recurso general a los llamados delitos de infracción del deber, en los cuales lo

²⁹⁷ “Se consideran instigadores los que dolosamente hubieren determinado a otro a cometer el delito”. Código Penal salvadoreño, artículo 35.

²⁹⁸ “Se consideran autores mediatos los que cometen el delito por medio de otro del que se sirven como instrumento. [...] Si la ley requiere ciertas calidades personales o que se haya obrado en determinadas circunstancias de carácter subjetivo, será necesario y suficiente que dichas calidades o circunstancias concurren en el autor mediato” *Ibíd.*, artículo 34.

relevante para la autoría no serían los criterios habituales –como el dominio del hecho, por ejemplo-, sino la infracción de un específico deber extrapenal, verbigracia- siguiendo con el mismo ejemplo el delito de peculado, quien infringe el deber *intraneus* es autor aunque no domine el hecho –el *extraneus* es partícipe- aunque lo domine.

Incluso, el argumento de la comisión por omisión –el *intraneus*- es autor del delito en comisión por omisión, alguna vez utilizado por algún autor en relación al delito de peculado, soluciona el problema con carácter general, pues suscita reservas según cuál sea el concepto y requisitos de la comisión por omisión que se consideren correctos, y sobre todo, no parece posible aplicar la solución a todos o la mayoría de los supuestos de la doctrina tradicional soluciona mediante la autoría mediata por utilización de instrumento doloso no calificado.

Finalmente, quizás la solución más loable es la del recurso de la aplicación del art. 38 CP²⁹⁹, que recoge la construcción dogmática del actuar por otro, a la que el *extraneus* es un autor del delito especial, supliéndose a través del art. 38 CP en comento su carencia de la cualidad especial exigida por el delito; el *intraneus* será partícipe -instigador- en ese delito especial. Empero, aunque esta solución puede aplicarse a muchos casos, es dudoso que pueda decirse que en todos los supuestos tradicionalmente calificados de autoría mediata por utilización de instrumento doloso no cualificado actúe en nombre o representación legal o voluntaria de otro, como exige el ya citado art. 38 CP.

Bajo las premisas citadas, apelar al actuar por otro no soluciona el problema que habrá que admitir que existe una laguna de penología, que podría evitarse que una

²⁹⁹ “El que actuare como directivo, representante legal, o administrador de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieren en la persona en cuyo nombre o representación obrare. [...] En todo caso, la persona jurídica incurrirá en responsabilidad civil subsidiaria especial. No obstante, lo anterior, en el caso de los delitos de cohecho propio, cohecho impropio, cohecho activo y soborno transnacional, la persona jurídica será solidariamente responsable por los daños causados en los términos establecidos en el art. 118 de [ese] código” *Ibid.*, artículo 38.

norma específica, por ejemplo, reformando el precepto de la parte general del Código Penal.

Al contrario de lo precedente, es el caso cuando el sujeto no cualificado que utiliza como instrumento al *intraneus* realice una conducta del delito de peculado, verbigracia, el *extraneus* coacciona al funcionario público a que se apropie de bienes públicos. La problemática se plantea sobre todo cuando el *intraneus*, aquí verdadero instrumento, actúa en un supuesto de esa *vis compulsiva*, es decir bajo amenaza o coacción.

En este supuesto, la situación es fundamentalmente grave, el *intraneus* -único posible autor del peculado por concurrir en la cualidad especial funcionario público³⁰⁰ exigida en el tipo penal-, realiza una acción típica, antijurídica pero no culpable, por lo que en virtud del principio de accesoriidad limitada de la participación, el *extraneus* no puede ser responsable como instigador u cómplice en el delito de peculado, pero el *extraneus* tampoco puede ser sancionado por autoría mediata, pues le falta la cualidad personal del delito de peculado, ni como autor mediato o inmediato de un delito común.

Por tanto, habría que absolver al “hombre de atrás” –*extraneus*- del delito de peculado, lo que no parece adecuado y quizás lo único que se le pudiese atribuir es el delito común de coacción al *extraneus*; por esta razón es que debe de existir claridad y exhaustividad en la redacción de la norma sustantiva penal. De manera que no es sostenible el argumento de construcción de la autoría mediata por instrumento que no lo es doloso no cualificado.

³⁰⁰ “Para efectos penales, se consideran: 1) Funcionarios públicos todas las personas que presten servicios, retribuidos o gratuitos, permanentes o transitorios, civiles o militares en la administración pública del Estado, del municipio o de cualquier institución oficial autónoma, que se hallen investidos de la potestad legal de considerar y decidir todo lo relativo a la organización y realización de los servicios públicos; 2) Autoridad pública, los funcionarios del Estado que por sí solos o por virtud de su función o cargo o como miembros de un tribunal, ejercen jurisdicción propia. 3) Empleados públicos y municipales, todos los servidores del Estado o de sus organismos descentralizados que carecen del poder de decisión y actúan por orden o delegación del funcionario o superior jerárquico; y, 4) Agente de autoridad, los Agentes de la Policía Nacional Civil” *Ibíd.*, artículo 39.

4.6.7. Infracciones especiales inapropiadas.

4.6.7.1. Unidad *versus* incumplimiento del título de imputación.

Problemas concretos que involucran la concurrencia de personas en los delitos especiales propios pasan necesariamente por la elección entre la unidad y la ruptura del título de imputación; como se ha visto, los tipos penales que forman parte de esta subclase de delitos especiales predicen comportamientos que encuentran correspondencia en figuras típicas comunes del mismo hecho, por lo tanto, se remontan a dos tipos diferentes de delitos: el delito especial – peculado-, cuando el perpetrador es *intraneus*; y el delito común- apropiación o retención indebidas-, cuando el autor es *extraneus*.

La situación obviamente se complica cuando *intraneus* y *extraneus* compiten por la práctica de este mismo hecho que puede subsumirse en dos figuras criminales, pues los defensores del título de unidad de imputación sostienen que ambas partes deben ser responsables del mismo delito, sea especial o común. Para quienes defienden la posibilidad de fraccionar el título de imputación, cada uno deberá responder por su respectiva infracción: el *intraneus* por la especial, y el *extraneus* por la común.

En España, la defensa de la ruptura del título de imputación estuvo a cargo de las llamadas “teorías individualizadoras”; para los partidarios de este punto de vista³⁰¹, el carácter personal de los elementos que limitarían la autoría a personas calificadas en delitos especiales imposibilitaría su comunicación a intervinientes no calificados. Así tales elementos, vistos como "circunstancias modificativas de la pena", indicarían que las infracciones especiales indebidas no tendrían una esencia diferente a las correspondientes infracciones comunes, por el contrario, serían meras formas agravadas de estos; por tanto, estas consideraciones llevan a la conclusión de que, cuando *intraneus* y *extraneus* contribuir a la práctica del mismo

³⁰¹ Gómez Martín, *Los delitos especiales*, 77.

hecho previsto como delito especial y como delito común, cada uno debe responder de acuerdo con la pena aplicable al delito correspondiente.

Para los partidarios de las teorías unitarias o monistas, la tesis individualizante o pluralista ofendería la unidad del título de atribución como regla general y el principio de accesoriadad de la participación, pues el principio de accesoriadad se refiere a la participación como concepto dependiente de la autoría y, por tanto, referida al sentido jurídico-penal de la conducta principal; por tanto, la relevancia jurídica de la conducta del participante debe ajustarse a la conducta del autor, lo que daría sentido al hecho al que contribuye.

La opción para la unidad de título de imputación también está indicada por la doctrina como forma de afirmar la autonomía de los delitos especiales inadecuados en relación con los correspondientes delitos comunes, negando que sean meras formas agravadas o atenuadas de estos últimos, admitiendo la regla de la unidad de título de imputación. La pregunta controvertida que surge es si el *intraneus* y el *extraneus* en competición será responsable de la infracción especial indebida o de la infracción común paralela.

4.7. El tratamiento de la intervención del *extraneus* en el delito de peculado en el derecho penal salvadoreño.

De la investigación que se ha desarrollado subtítulos (utilizar sinónimo), el camino ha sido reiterativo en crear un estado de necesidad, con relación a dar un tratamiento normativo a la punibilidad de las personas naturales o jurídicas que, como autores o partícipes, forman parte de la comisión de un delito especial propio, para el caso, el peculado. En ese sentido, al ser este apartado y el sucesivo una construcción final del problema y un efecto resolutorio del mismo, es exclusiva la interpretación acorde a los parámetros previamente establecidos frente al contexto salvadoreño.

De la redacción del peculado en el Código Penal, hasta el tratamiento que se realiza en el art. 67 CP, en relación con la comunicabilidad de las circunstancias y

cualidades, la problemática de autoría y participación del *extraneus*, se puede plantear en tres sentidos:

i) Un problema exclusivamente dogmático, que limita la accesoriedad del título único de la imputación, por el hecho que el delito en el ordenamiento jurídico-penal salvadoreño es clasificado como especial³⁰². De ello, se extraen dos consecuencias a saber: a) El delito especial requiere sujeto activo cualificado, por ende, tanto la adecuación típica como la procedencia en la escala de la teoría jurídica del delito, será posible en la medida que el autor cumpla esa cualidad; b) La cualidad especial, es una condición normativa que se le atribuye al sujeto activo, pues el propio Código Penal en su art. 39 identifica lo que se entenderá como funcionario, empleado o encargado de un servicio público, por ende, ello restringe la posibilidad de encajar a un sujeto activo que diste de esas condiciones³⁰³; y c) La necesaria condición especial del autor en el ilícito no viene dada únicamente por un parámetro de clasificación, al contrario, debe visualizarse desde el bien jurídico que se protege, el cual ha creado un parámetro de posibles escenarios lesivos por los individuos que se encarguen o tengan una cercanía directa con la administración pública.

ii) Un segundo escenario, que resalta una postura negativa derivada de la construcción del supuesto de hecho del peculado, donde al exigir un sujeto activo con una cualidad particular, se respeta la literalidad de la norma y se recalca el

³⁰² Claus Roxin, *Derecho penal: parte general, tomo I*. Traducción de la segunda edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (Madrid: Civitas, 1997), 338. El autor sostiene la importancia práctica de los delitos especiales radica en el campo de la delimitación de la autoría y participación, y las repercusiones que según el autor tienen los elementos personales especiales sobre el marco penal. Véase entonces, que según el autor y toda esta investigación el delito de peculado se ha clasificado como delito especial propio, porque para su adecuación de un elemento especial de la autoría, ya que sólo es posible infringirlo por parte de las personas indicadas en el supuesto de hecho.

³⁰³ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal, parte general*, octava edición (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 260. Sobre ese particular, la doctrina no asume un riesgo diferente al tratarse de tipos penales especiales, pues siempre se reitera la dificultad de atribución a un sujeto activo que no tenga esa misma condición. Así, se ha llegado a sostener: "Estos delitos plantean especiales dificultades en relación con el tratamiento que debe darse a aquellos partícipes que intervienen en la realización del delito especial sin tener las cualidades personales exigidas en el tipo".

principio de legalidad penal como un margen de interpretación de la disposición³⁰⁴. De tal modo, es posible realizar una hermenéutica que posibilite la ampliación del título de la imputación al *extraneus* por parte de los operadores del sistema penal y la evitar las malas prácticas de los tribunales; es una muestra del respeto de la legalidad que impera, con mayor cautela en el derecho penal.

De este criterio, es donde se traslada la obligación de ponderación del órgano legislativo sobre la reforma del tratamiento del *extraneus* en el peculado o también, sobre una construcción adecuada de la norma del art. 67 CP, a fin de evitar la impunidad. Lo anterior, sin omitir el criterio nomofiláctico como fue citado en esta investigación.

iii) La imposibilidad de compartir el título de funcionario, empleado o encargado de un servicio público, que es requisito *sine qua non* para la consumación del peculado, a un sujeto ajeno a esa condición, pero que al margen de ello, se soslaya aquel escenario donde el *extraneus* puede dirigir de forma principal la consumación del ilícito o colaborar de forma útil e idónea para la realización del mismo³⁰⁵, este criterio crea el mayor problema: la ponderación entre el respeto de la legalidad que en este punto evita vulnerar la libertad personal del *extraneus* por una interpretación a su desfavor, y la obligación del Estado para proteger bienes jurídicos de suma importancia como la administración pública, que se ven agraviados no por una mera condición especial, sino por un delito propio que limita su adecuado funcionamiento, cuya procedencia puede devenir de sujetos ajenos a los que el mismo Estado brindó su confianza de administración y protección.

³⁰⁴ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 22-2007Ac* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015). A pesar de que específicamente sobre este punto no exista pronunciamiento, la jurisprudencia si ha reconocido al principio de legalidad como imperante en materia punitiva, por ejemplo, al momento de no realizar interpretaciones fuera del margen literal plasmado en la norma.

³⁰⁵ Francisco Moreno Carrasco y Luis Rueda García, *Código Penal de El Salvador Comentado* (San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2004), 341. Con relación a este punto, la cualidad especial se ha catalogado como difícilmente comunicable porque está adherida al sujeto activo, es pues, de carácter subjetivo. Esta perspectiva es retomada por los autores de los Comentarios al Código Penal donde, según la clasificación que exponen, es posible encajar la condición especial en lo que particulariza al autor.

Desde ese enfoque, el problema ha sido persistente con el avance de la dogmática penal, y siempre ha recaído en la condición particular que el peculado exige en el supuesto de hecho. En esta investigación, en vista de la realidad de la criminalidad económica, ha abonado a conducir nuevamente el discurso a favor de que se sancione a los individuos que fomenten parte integrante del delito.

Considerar al *extraneus* como autor, coautor o autor mediato, es impensable formalmente según la redacción que el legislador le ha brindado al peculado. Desde luego su materialización es posible, sin embargo, deben los operadores del sistema dotar de contenidos al peculado de forma sistemática con las cualidades y circunstancias para justificar la punibilidad de los particulares.

Por su lado, vislumbrar la punibilidad del *extraneus* como partícipe dentro de la consumación del peculado, no tiene el mismo grado de rechazo por el hecho de que sobrepasa la línea demarcada por el supuesto de hecho que requiere la condición especial, y se abre paso a la posibilidad de transportar esa cualidad especial hacia el sujeto extraño – *extraneus*- de la condición de protección sobre la administración pública³⁰⁶. En efecto, tanto la postura que restringe su tratamiento como autor, así como la que lo perfila como partícipe en su realización, reiteran el problema de ponderación que existe.

Es decir, no se puede sancionar como autor, porque la naturaleza de delito especial propio del peculado lo impide, pero podría sancionarse como partícipe, porque al aplicar de forma adecuada el art. 67 CP cabría argumentos de justificación con relación a la pena a imponer.

El Código Penal salvadoreño asume un criterio accesorio de la participación al regular la complicidad o instigación como modalidades de participación en el

³⁰⁶ Percy García Caveró, “La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales”, en *Anuario de Derecho Penal* (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, 2011), 115. El punto inquebrantable sobre esta concepción es que, si bien se trata de un delito especial y, por tanto, se exige al sujeto activo una cualidad específica, a los partícipes de ese mismo tipo penal no se le requiere esa condición, por tanto, hay una posibilidad dogmática de sancionar al *extraneus*.

delito³⁰⁷; sin embargo, no es claro cuando se plantean inconvenientes derivados de la misma construcción diferenciada que se realiza dentro de la parte especial del Código Penal, precisamente en los tipos penales especiales como el peculado.

Ahora bien, la posibilidad de perseguir penalmente a autores y partícipes es por el motivo de que, a través de una visión diferenciadora de la acción, sea posible individualizar grados de participación, lo cual es respetuoso con la garantía mínima contenida en el principio de culpabilidad. Sin embargo, esa posibilidad de individualización formalmente está limitada por el principio de legalidad, que se encuentra detrás de la voluntad manifestada por el legislador al considerar que una circunstancia o cualidad que subyace en un delito especial solo procedería en contra de los que actúen bajo la sombra de esta, lo cual, de forma derivativa, soslaya *de facto* la procedencia en el caso del *extraneus*.

Se sostiene que todo arriba al tema de la ponderación, pues la ausencia de pronunciamientos contrarios a ese baremo interpretativo es por la interpretación literal que se realiza del peculado, pero además, la visión sistemática que se realiza del principio de legalidad como informador de las normas penales³⁰⁸.

Lo anterior es parte del dinamismo que existe dentro del ordenamiento jurídico, donde se crean dos consecuencias incompatibles entre sí, que crean una tensión jurídica para el aplicador de la ley penal. Empero, porque no es posible transmitir una cualidad especial al *extraneus*, protegiendo el principio de legalidad, pero eso a su vez limita la justicia material a través de la impunidad.

En esa línea de ideas, es entendible el criterio adoptado que contradice la posibilidad de sancionar a título de autor o partícipe al *extraneus*, pues la condición especial de funcionario, empleado o encargado de un servicio público que requiere

³⁰⁷ En el capítulo IV, denominado “De los autores y partícipes”, el Código Penal conceptualiza quienes podrán adoptar la calidad de instigadores y cómplices necesarios o no para la consumación del ilícito.

³⁰⁸ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad 21-2020/23-2020/24-2020/25-2020*. La ponderación, como mecanismo jurídico-normativo hetero-compositivo, es la forma más adecuada a la que el intérprete constitucional le ha brindado la tarea de solventar conflictos *inter-normas*, o según la tensión que creen las aplicaciones materiales de las mismas.

el peculado, es una circunstancia *ex ante* de la realización del tipo, propia de un auténtico acto administrativo de nombramiento y sometimiento de la voluntad de la persona al aparataje estatal, pero eso no restringe que el avance de la criminalidad económica y sus manifestaciones en la incidencia dentro de la administración pública, han creado un margen escindible de posibilidad donde el *extraneus* genera un aporte masivo a la realización del tipo penal³⁰⁹.

De tal modo, una solución viable a través de la ponderación que en sede legislativa se realice, debe tratar de comprender que no se asume el soslayar la condición especial del sujeto activo en el peculado, sino tratar de crear un escenario armónico con el fin proteccionista del derecho penal, y restringir las conductas por particulares ajenos a la cualidad especial que violenten el bien jurídico³¹⁰. En fin, que se cree un mayor soporte a la justicia material frente a la impunidad que la aplicación restrictiva del principio de legalidad puede generar.

4.8. Jurisprudencia relevante sobre el delito de peculado en El Salvador.

El delito de peculado ha sido desarrollado jurisprudencialmente de forma amplia, sobre todo, con relación a los elementos que componen su nomenclatura típica. En ese sentido, la jurisprudencia ha hecho énfasis en dos elementos sustanciales que deberán acreditarse para la configuración del peculado.

Al respecto, la jurisprudencia ha hecho énfasis en dos elementos sustanciales que deberán acreditarse para la configuración del peculado, vinculadas al tipo objetivo y el subjetivo; como parte del primero, se determina que el sujeto activo del delito debe ser funcionario público que tenga a su cargo debido a sus funciones una determinada relación con bienes de valor económico que le han sido conferidos³¹¹.

³⁰⁹ García Cavero, "La pena del partícipe *extraneus* en los delitos especiales", 117.

³¹⁰ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 28-2006 Ac* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2007). La resolución del problema a través de una adecuada ponderación legislativa también permite comprender la función promotora de los derechos fundamentales que el legislador tiene al crear una norma determinada. En este caso, esa promoción sería dar un tratamiento penológico a las acciones que agravan los derechos sociales a través de la corrupción.

³¹¹ Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación 167C2016*.

Resaltando el tipo objetivo, que es el elemento base del discurso argumentativo, el criterio ha sido restrictivo en considerar únicamente como autor a quien posea la calidad de funcionario, empleado o encargado de un servicio público³¹².

La Sala de lo Penal, ha reiterado que la condición del sujeto activo se debe a la finalidad de protección que tiene el peculado sobre la administración pública; así, ha reiterado que “busca proteger el correcto funcionamiento y desarrollo de la administración pública, referido concretamente al cuidado de los fondos públicos que surgen en razón de los deberes especiales”, de hecho, ha sido enfática en categorizarlo como *delito oficial*, por la calidad especial requerida en el autor.

La realidad de El Salvador ha exigido que la jurisprudencia también exponga su postura en aquellas modalidades, donde el peculado no es una mera extracción de fondos del Estado para el beneficio del sujeto activo, sino cuando su ejecución lleva aparejada la participación de particulares.

Al ser el comentario anterior un planteamiento ya tratado en el capítulo II, basta únicamente traer a colación que la nueva modalidad de criminalidad económica ha reiterado la utilización de las personas jurídicas como sombras esquivas de la persecución penal.

Ese tratamiento es válido en cuanto que la preexistencia legal en el tráfico mercantil permite facilitar la introducción del fondo público al caudal privado; empero, cuando se generan actos bilaterales entre el funcionario, empleado o encargado de un servicio público y la persona jurídica, para facilitar la adquisición y contratación con la administración pública³¹³.

³¹² En casos análogos, la Sala de lo Penal ha sostenido que: “[e]n la doctrina penal de manera sistemática se han clasificado los tipos penales a partir de la presencia de determinados elementos o circunstancias tales como, la acción, los sujetos y el objeto [...] existen delitos en los que se exige la concurrencia de determinadas cualidades personales en el sujeto activo [...], ya que solo los pueden realizar algunos sujetos, por ejemplo: Prevaricato, Exacción, Enriquecimiento Ilícito”. Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación, Referencia: C125-02* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2002).

³¹³ En palabras de Osvaldo Quinteros: “[e]n la actualidad, el tema de la responsabilidad penal de los entes colectivos se encuentra relacionado, fundamentalmente, al ámbito de los delitos económicos, es decir, a todas las acciones punibles y a las infracciones administrativas que se cometen en el

Ese mecanismo de evasión se oculta con facilidad, al tomar en cuenta que dentro del sujeto activo del peculado descansa una visión de legitimidad de sus actos, que, ante la facilidad para la autorización y aprobación de la asignación de fondos institucionales, es utilizada para alterar los procedimientos de contratación legalmente establecidos.

Cabe agregar que la Sala ha sostenido dentro de los elementos objetivos: “a. La existencia de una calidad especial respecto del autor del delito, b. La acción de sustraer, c. El objeto material de la acción - dinero o bienes públicos-, que ha de estar bajo la custodia, administración o percepción del sujeto debido a su cargo”³¹⁴.

En el mismo sentido en cuanto al autor del hecho, sostuvo que “sólo quien sea funcionario público y tenga, además, la vinculación funcional por razón del cargo con los fondos o efectos públicos deberá de estar en la posibilidad real o potencial de vulnerar los deberes funcionariales [...] la autoría de ese delito”³¹⁵. Así mismo, la Sala ha reiterado que “[e]l peculado es uno de los llamados delitos especiales, distinguiéndose entre los denominados delitos especiales en sentido estricto, cuando la autonomía de la conducta carece de un denominador común”³¹⁶.

Nótese que, en los citados precedentes, la Sala sostiene el problema planteado en esta investigación, pues realiza una exegesis restrictiva en cuanto al autor del hecho que solo puede ser cometido de forma activa u omisiva, por quien tiene la calidad especial de funcionario público por razón del cargo al incumplir con la infracción del deber legal, limita la autoría; es decir, la jurisprudencia no deja posibilidad de sancionar al particular que interviene en la comisión del delito³¹⁷.

marco de la participación de una persona jurídica en la vida económica y en el tráfico jurídico. En este contexto, resulta de especial importancia la criminalidad de empresa, como suma de todos los delitos que se cometen a partir de una empresa o a través de entidades colectivas”. Osvaldo Quinteros, “Corrupción y responsabilidad de las personas jurídicas”, en *Revista Pensamiento Penal* (2021): 11, <https://viejarevista.pensamientopenal.org/doctrina/89415-corrupcion-y-responsabilidad-personas-juridicas>.

³¹⁴ Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación 1C2017*.

³¹⁵ *Ibíd.*

³¹⁶ Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación 3-CAS-2004*.

³¹⁷ Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación 1C2017*.

El precedente citado *ut supra* fortalece este trabajo de investigación, pues insta a los operadores del sistema penal a poner atención a la calidad de autor del delito de peculado como delito especial propio, incluso deja fuera a los sujetos no calificados que no reúnan la relación funcional.

El criterio nomofiláctico es problemático; verbigracia, piénsese en aquellos casos en que una persona jurídica dedicada al rubro de alquiler de inmuebles en el extranjero, junto a un cónsul salvadoreño en un país X, acuerdan con la junta directiva realizar un contrato de arrendamiento de un inmueble donde será la sede diplomática por el valor de cinco mil dólares de los Estados Unidos de América (\$5000.00), mensuales, por el plazo de cinco años; sin embargo, por mutuo acuerdo se realiza otro contrato de arrendamiento por la cantidad de tres mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América, (\$3500.00), pues la empresa entrega la diferencia en efectivo al funcionario.

Es así como el Ministerio del Interior realiza los pagos correspondientes conforme al contrato por los \$ 5000.00 dólares de los Estados Unidos de América. Adviértase, que el cónsul se apropia en beneficio propio de dineros de cuya administración y custodia era encargado, pero ¿qué sucedería con la junta directiva de la persona jurídica que realiza los pagos en efectivo al cónsul? Con el criterio sostenido por la Sala, *prima facie*, no podría imputársele el delito peculado a los delincuentes de cuello blanco privados; no obstante, se podría realizar una exégesis del delito de peculado con la comunicabilidad de las circunstancias para poder sancionar a la junta directiva.

Asimismo, la Sala se ha pronunciado sobre la temática de la autoría mediata en las organizaciones de poder al sostener que se distinguen tres formas de dominio del hecho: (dominio del hecho por acción, por voluntad y dominio del hecho funcional), pudiendo darse el dominio por voluntad que es el que adquiere relevancia en este contexto, por coacción, por error o "en virtud de aparatos organizados de poder"³¹⁸.

³¹⁸ Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación, Referencia: 517-CAS-2007* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2009).

En esa misma línea, recientemente la Sala de lo Penal³¹⁹ se pronunció sobre el desarrollo de la autoría mediata e inmediata por parte de autores activos del delito de peculado. El máximo tribunal en materia penal ha enfatizado que existe un límite entre el dominio funcional del hecho y el dominio de la acción, lo cual impide llegar a considerar que quienes ejecutan actos como instrumentos del sujeto activo superior se aíslan de una condición de cooperación al plan criminal inicial.

En el precedente relacionado en el párrafo que antecede, fue producto de la organización de poder que existió en el interior de la presidencia de la República de El Salvador durante el periodo comprendido entre dos mil cuatro y dos mil nueve. Tras esa consumación de actos, la Sala de lo Penal reiteró que los encargados del *aparato organizado de poder*, si bien generan un dominio de la organización delictiva, serán los autores inmediatos los que ejecutan el acto, pesando sobre los segundos un juicio de tipicidad personalísimo, en relación con el dolo que utilizaron para la consumación del tipo penal.

Por otro lado, el desarrollo jurisprudencial en cuanto a la teoría del *intraneus* y el *extraneus* ha sido escaso tanto en el peculado, como en los límites de la comunicabilidad de las circunstancias y cualidades.

Respecto de la intervención del *extraneus*, la jurisprudencia³²⁰ lo identifica como un sujeto ajeno al ilícito, de tal modo que lo importante para la adecuación típica del delito será la condición especial que recaiga en el sujeto activo –*intraneus*– como autor o partícipe dentro de una posición determinada asignada de forma previa al hecho.

Por otro lado, también ha existido un criterio jurisprudencial que asume la accesoriedad del título de la acción en aquellos supuestos donde el *extraneus* interviene para la realización del ilícito. Bajo ese parámetro, se ha sostenido que la cualidad especial solo se requiere como requisito de tipicidad para el autor del ilícito, de tal modo que es impensable un *extraneus* como autor directo, mediato o coautor;

³¹⁹ Sala de lo Penal, *Sentencia de Casación, Referencia: 390C2019* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2019).

³²⁰ Cámara Tercera de lo Penal de la Cuarta Sección del Centro, *Sentencia de Apelación, Referencia 47-P-17* (El Salvador: Órgano Judicial, 2017).

sin embargo, ello no opera para reprochar a título de partícipe la contribución necesaria o no en la consumación del tipo penal³²¹, lo cual atenúa la pena.

Ahora bien, ese criterio o la postura que determine la posibilidad de transmitir las circunstancias y cualidades especiales al *extraneus*, no ha sido un planteamiento vigente por la Sala de lo Penal en el ordenamiento jurídico salvadoreño.

En ese orden, de manera opuesta también se plasma un criterio donde el *extraneus* no puede participar dentro del papel de garantía con la administración pública, que se encuentra inmerso en el *intraneus*³²². En ese precedente jurisprudencial, se sostuvo que el *extraneus*, en el caso del cohecho propio –por ejemplo-, no es quien sobrepasa e infringe el deber de emitir resoluciones judiciales, sino que es el juez, en quien sí reside la cualidad especial. Acá, nuevamente se observa ese desconocimiento presente en la jurisprudencia, que asume con ausencia de rigor dogmático el criterio nacional sobre el tratamiento de estos supuestos.

Debido a lo expuesto, resulta válido cuestionar si los contemporáneos pronunciamientos son acordes a un criterio que asuma la comunicabilidad de las circunstancias como posible para la participación, o si al contrario, ese esquema de análisis sobre pasa la vigente normativa en relación con la imposibilidad de sancionar a los intervinientes –en el caso de delitos especiales- que no ostenten la condición particular.

Lo anterior debería ser una postura clara ante la contemporánea producción de criminalidad económica que suscita el panorama salvadoreño, donde la intervención de un ajeno al vínculo público toma mayores potestades para infringir la administración pública. Por ejemplo, cuando un *extraneus* se encarga de planificar reuniones de extranjeros con funcionarios del Estado, para facilitar un acuerdo económico al otorgar licitaciones fuera del margen de la legalidad.

Por lo tanto, la crisis dogmática en la que el país se encuentra retrasa la judicialización de casos que aspiren hacia una justicia material más efectiva con la

³²¹ Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, *Sentencia 209-2018*.

³²² Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, *Sentencia de Apelación INC-243-2017*.

cualidad personalista de la Constitución de la República³²³. La persecución del *extraneus*, por tanto, merece un tratamiento penológico propio.

Existe una base interna con relación a la comunicabilidad de las circunstancias y cualidades, procedente del tomo primero del Código Penal de El Salvador Comentado³²⁴, donde se exterioriza una diferencia entre las circunstancias objetivas y subjetivas en torno al hecho. Sin embargo, esa postura recae en la inaplicación técnica de justificar el transmitir al partícipe la condición del sujeto activo con cargo público, pues sostiene que ello es una condición que particulariza al autor y por lo tanto, no puede ser transmitida.

La ausencia nomofiláctica aumenta la posibilidad de la ambigüedad en el tema, de tal modo que se trata de crear un baremo adecuado a la garantía de la legalidad, pero que al verificar la magnitud del bien jurídico protegido por el peculado, se prefiere soslayar y apreciar la comisión de estos delitos no solo como la infracción de un deber de protección sobre los fondos públicos, sino como la alteración del cauce idóneo para el resarcimiento de las necesidades sociales más íntimas del desarrollo humano.

4.9. El delito de peculado desde la perspectiva del derecho penal económico y la teoría de la comunicabilidad.

El rasgo principal de los delitos especiales es la circunstancia que recae en el autor. Sin embargo, más allá de los cuerpos especiales que tipifican diversas condiciones particulares en el sujeto activo del delito, para el caso en estudio, esa circunstancia se reúne en torno al cargo conferido por el Estado a cierto grupo de personas que

³²³ “El Estado no se agota en sí mismo, no es una entelequia intrascendente, sino creación de la actividad humana que trascienda para beneficio de las propias personas. Por eso se dice en el artículo 1 que ‘la persona humana es el principio y el fin de la actividad del Estado’” Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, *Informe único* (San Salvador, 1983).

³²⁴ Moreno Carrasco y Rueda García, *Código Penal de El Salvador Comentado*, 341.

se encargarán, directa o indirectamente de la administración –en cualquiera de sus manifestaciones- de los fondos públicos³²⁵.

El Código Penal de El Salvador, reúne a los delitos especiales como parte integrante de su *corpus iuris* y con ello, también ha heredado los problemas dogmáticos accesorios a su tipificación.

En síntesis, el debate principal se resume en la premisa siguiente: Si la construcción típica objetiva del delito especial exige un sujeto activo con una condición diferenciada normativamente, a partir de la cual se ha ponderado la posibilidad de infringir un bien jurídico determinado, ¿a qué grado puede un sujeto ajeno a esa condición, participar o ejecutar el hecho delictivo con o sin la colaboración del sujeto especial?

A partir de esa premisa, *de iure* prevista en la configuración típica de los ilícitos especiales, así como el tratamiento que brinda la comunicabilidad de las circunstancias y cualidades reguladas en El Salvador, se distribuyen una serie de problemas que a la fecha, se encuentran aislados del pronunciamiento dogmático y de la claridad jurisprudencial³²⁶.

Bajo esa línea, con el afán de materializar los pronunciamientos a lo largo del tema, se ha retomado el peculado como base circunstancial del debate. Ese tipo penal reúne las condiciones hasta el momento discutidas, pues su propia tipificación requiere que el sujeto activo sea un funcionario, empleado o encargado de un servicio público, condición que se le atribuye *ex ante* de la configuración del tipo, y se le brinda la obligación de resguardo sobre los bienes de la administración pública.

³²⁵ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad 146-2014/107-2017*. El trasfondo de la lucha contra la corrupción y limitar el avance de la criminalidad económica es garantizar la regularidad de la administración pública y proteger los derechos fundamentales sociales, motivo por el cual, se impone por el derecho penal económico un límite a las conductas como el peculado.

³²⁶ Cámara Tercera de lo Penal de la Cuarta Sección del Centro, *Sentencia Referencia 47-P-17* y Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente, *Sentencia 209-2018*. La ausencia de pronunciamientos por parte de la Sala de lo Penal ha conllevado a la irregularidad sobre si merece pena el *extraneus* a pesar de no tener cualidad especial o, al contrario, debido a la lesividad que ocasionó al bien jurídico, es adecuado imponer una consecuencia jurídica.

Ahora bien, tomando en cuenta ese criterio, se extraen dos problemas puntuales. Primero que, si bien el Código Penal retoma una postura accesoria de la realización de delito, al sancionar autores y partícipes, ese rasgo se limita al notar que, en el peculado, el sujeto activo es quien tiene la condición especial, de tal modo, que imposibilita normativamente que un *extraneus* pueda ejecutar como coautor o autor mediato el delito.

Ello, apertura la posibilidad de la sanción a través de la participación en la realización del peculado; sin embargo, si se busca un sustento a esa argumentación, se estará frente a una dicotomía horizontal: i) La accesoriedad lo permitirá, pues un cómplice necesario o no, así como el instigador, son sancionados penalmente en nuestro ordenamiento; y ii) Si bien esa accesoriedad se permite, el art. 67 CP limita su procedencia, pues en el caso de delitos especiales no es posible comunicar la condición del sujeto activo –especial- a los partícipes, ya que es una circunstancia subjetiva imperante en el sujeto.

Como se ha visto, la jurisprudencia ha adoptado un criterio frágil, reconociendo al *extraneus* como alguien fuera de la condición especial, a quien no se le puede sancionar por los actos del *intraneus*, pero también, lo ha identificado como alguien que puede ser perseguido penalmente, siempre y cuando sea a título de partícipe y no de autor.

Esa trayectoria jurisprudencial no es un problema necesariamente de la judicialización de casos, sino de un devenir procedente de la postura borrosa propuesta en la norma del art. 67 CP³²⁷. Es así, que se extrae un efecto material de ese debate dogmático, que es la impunidad posible ante aquellos casos donde los *extraneus* sean los dirigentes o partícipes que coadyuvaron al daño del bien jurídico protegido³²⁸.

³²⁷ El Salvador, al contrario de países del istmo centroamericano como Costa Rica, no tiene un tratamiento de la punibilidad del *extraneus*. La legislación costarricense, por otro lado, sí permite la condena del *extraneus* aún en delitos especiales como el peculado.

³²⁸ La trayectoria a la que se hace alusión es la expuesta en apartados que anteceden, precisamente sobre la variabilidad de la postura del precedente en cuanto al tratamiento que merece el *extraneus* en la consumación de delitos especiales.

Nótese, entonces, que hay un problema entre: i) El límite que impone el principio de legalidad penal, al momento de interpretar el delito de peculado de forma literal según ha sido estipulado, así como la forma sistemática de racionalizar la norma del art. 67 CP, al considerar la cualidad especial como comunicable; y ii) La necesaria restricción del principio de legalidad en estos supuestos, pues ante la nueva modalidad de criminalidad económica, el *extraneus* cada vez tiene mayor influencia en la realización del delito, lo cual, permitiría subsanar la impunidad y aspirar a una justicia material más acorde con la dignidad humana, que es el valor afectado de forma directa e indirecta a través de la corrupción.

A partir de esa argumentación, es viable crear tres propuestas resolutivas que sean acorde a una perspectiva de la comunicabilidad de las circunstancias, pero, además, que cumplan con la finalidad protectora del derecho penal económico:

i) Que el delito, al ser una construcción legislativa con la finalidad de limitar conductas lesivas al bien jurídico esencial para la convivencia humana, no se analice de forma aislada ante la realidad criminal, de tal modo, que, si bien existen motivos para la configuración del tipo, su ejecución no se puede aislar a un solo individuo por el hecho de ostentar una cualidad especial³²⁹. Es decir, no se inhibe la necesaria tipificación de delitos especiales, sino aumentar el margen de protección hacia los individuos que abonan al daño del bien jurídico aun cuando no comparezca en ellos un vínculo especial con la administración pública.

ii) No se trata de soslayar el principio de legalidad al grado de permitir sancionar al *extraneus* por un deber que jamás tuvo con la administración pública³³⁰, ni tampoco comprender la comunicabilidad de las circunstancias y cualidades como un método de reproche ilimitado, sino tratar de encontrar una ponderación que limite el principio

³²⁹ García Cavero, "La pena del partícipe *extraneus* en los delitos especiales", 116. Este debate es analizado y resumido por el autor como una *disputa dogmática de la unidad o ruptura del título de la imputación*.

³³⁰ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad 22-2007Ac*. Indispensablemente, en materia punitiva debe imperar el principio de legalidad penal y su manifestación criminal que exige que la conducta delictiva se encuentre estipulada con claridad en la ley, sobre la que, se hará una interpretación única y exhaustiva.

de legalidad en aquellos supuestos donde, el *extraneus* comete el ilícito o participa en él, y se ve impune por una postura estrictamente dogmática.

Esas propuestas, son acorde a la reciente aparición del derecho penal económico, en tanto herramienta de coacción legal frente al aparataje de la criminalidad económica³³¹, pues se trata de enmendar un problema dogmático que ha sido generado por la calificación especial de un ilícito.

En tal sentido, se trata de crear un espacio de punibilidad que no limite de forma automática la justicia material. Precisamente sobre el peculado, esto es de interés esencial, en razón de la finalidad protectora que el legislador ha perfilado para la administración pública, a través de un límite implícito de la conducta de los servidores del Estado que deben resguardar el caudal público, no solo por un mero deber de garantía, sino por un auténtico beneficio social para el cual laboran y han sido elegidos.

³³¹ Juan María Terradillos Basoco, "Derecho penal económico. Lineamientos de política penal", *Revista Ius*, número 35 (2015).

Conclusiones.

De acuerdo con la estructura de la investigación, se planteó el objetivo general de identificar un problema de amplia trayectoria en la dogmática jurídico-penal, referente a las dificultades incriminatorias del *extraneus* en la comisión de los delitos especiales -con énfasis en el delito de peculado-; una vez creado el contexto y la ineficacia que ocasiona, la exégesis *de lege lata* que dé paso a generar la posibilidad para la aplicación de punibilidad de los particulares *extraneus*.

En relación con lo anterior, los planteamientos sostenidos a partir de la trayectoria histórica acerca de la criminalidad económica -trasferidos en las últimas décadas- han opacado no solo el sano desarrollo económico de los Estados, sino además, ha extendido sus efectos en el límite de la justicia y la alteración de la propia administración pública. Esa propuesta introduce el concepto de corrupción a gran escala como causa de afectación de los derechos humanos de las personas, circunstancia que para el caso de El Salvador, tiene su génesis en el despilfarro de fondos públicos, cuyo destino se predetermina para la garantía prestacional que al Estado le corresponde brindar a sus habitantes, y de tal manera generar las condiciones que permitan el acceso a las necesidades humanas más esenciales, como la salud, el trabajo, la previsión social o la educación.

En ese sentido, el concepto de corrupción en sus primicias y de forma tradicional, se ha vinculado con la compraventa de las funciones de la administración pública, donde se sitúa la pérdida de la confianza en la Administración ante tales acciones, derivando con ello el debilitamiento de las democracias de los Estados afectados por estas actividades ilícitas, y conllevando a su vez pobreza en la población, reduciendo el desarrollo económico de los países afectados, entre otros.

El fenómeno de la corrupción también reduce el principio de imparcialidad que la población confía a los funcionarios para el beneficio del interés público sobre el privado; de este modo, la sociedad que es la víctima principal de esa actuación objeta el abuso del poder otorgado a los servidores públicos, cuando estos ejecutan actos corruptos en el giro de sus funciones a cambio de una ventaja económica.

La corrupción comúnmente se encuentra vinculada con organismos públicos. Debe señalarse que nada impide que este fenómeno se sitúe también en organizaciones privadas, en las cuales se vulneran “*intereses sociales propios*” no vinculados directamente con los intereses públicos. Es así como, en la actualidad, doctrinariamente se distinguen dos tipos de corrupción, la “corrupción pública” y la “corrupción privada”, siendo esta última, la que se sitúa en la delincuencia económica, vinculada al derecho penal de la empresa.

En el ámbito dogmático de la tipicidad de la conducta, las particularidades de la corrupción “privada” no son tomadas en consideración por el legislador salvadoreño, puesto que se fusiona en un solo tratamiento jurídico penal a lo que merece dos fenómenos delincuenciales distintos: la corrupción pública y la corrupción privada, con lo cual, excluye de criminalización varias conductas de corrupción que surgen y afectan al ámbito privado.

Las actividades económicas privadas relacionadas con actividades estatales, en muchas ocasiones se utilizan o se sirven de ellas, personas que tienen intereses propios, diversos a los gubernamentales, y casi siempre de naturaleza económica; para obtener concesiones a favor de las empresas que dirigen o representan, y de la cual, muchas veces esos delincuentes de cuello blanco del sector privado, resultan ser empresarios, que se valen de artilugios como son las dádivas o sobornos que ofrecen, prometen o entregan a los funcionarios del Estado.

Asimismo, cuando exista intervención de personas jurídicas por medio de delincuentes de cuello blanco del sector privado, se podría utilizar la cláusula general del actuar en nombre de otro, sin omitir, que el CPP no es claro en su art. 80.3 en la atribución de la calidad de imputado a la persona jurídica, pues mientras no se tenga de *lege ferenda* la regulación de la persona jurídica en la legislación salvadoreña, lo único atribuible será responsabilidad civil.

Por otro lado, el delito de peculado es un delito especial propio en la normativa penal salvadoreña, cuyo bien jurídico protegido es la administración pública. Además, es un delito de infracción del deber positivo, en que la norma penal se encuentra directa

y formalmente dirigida a aquellos sujetos que ocupan un rol social especial y su dolo consiste en el incumplimiento de su deber institucional de fomentar el funcionamiento de la administración pública. En virtud de ello, el sujeto activo debe encontrarse en una relación que se trata de una función pública remunerada bajo la figura de la relación laboral -que incluso alcanza a estas nuevas modalidades *ad honorem*- con el Estado, ejecutando un cargo de funcionario, empleado o encargado de un servicio público.

Ahora bien, el art. 325 CP regula dentro de la conducta típica “apropiarse en beneficio propio o ajeno”, lo cierto es que no podemos partir de la adecuación en el dominio del hecho sobre el verbo rector -apropiarse- constituya el criterio de adecuación, pues como se ha señalado, ello se refiere al modo en que se infringe el deber especial en que se encuentra vinculado *de iure* el funcionario, empleado público o el encargado de un servicio.

En ese sentido, perseguir penalmente al sujeto especial no presenta mayor dificultad de tratamiento dogmático, por cuanto la doctrina y jurisprudencia salvadoreña le brinda la calidad de *intraneus* y con base al principio de legalidad, asegura que el legislador limita el ámbito de sujetos que pueden ser infractores en la comisión de tal delito., pero en relación al *extraeus* ha sido hasta el final de esta investigación no ha sido eficaz en responsabilizarlos.

No obstante, el escenario contemporáneo genera el debate acerca de la deficiente capacidad de la norma penal incompleta *de lega lata* prevé para perseguir y sancionar penalmente al *extraneus* por su participación en el delito de peculado, por la ausencia de la calidad especial. Ese debate, por un lado, recae en la amplitud que el principio de legalidad tiene, al evitar interpretar la norma penal en perjuicio del acusado, así como en la postura estricta para introducir a un particular *extraneus* en la condición especial. Ahora bien, pese a lo anterior, el *extraneus* desde una perspectiva de protección del bien jurídico, así como la aceptación de la jurisprudencia de un tratamiento de la accesoriedad limitada en el delito especial propio de la participación, son parámetros para justificar la sanción de éstos y evitar la impunidad.

El Código Penal de El Salvador intenta dar una solución a ese conflicto a través de la *regularización de la comunicabilidad de las circunstancias y cualidades*, pero la norma no asume una solución al problema, pues el vacío sobre la posibilidad de transmitir la cualidad especial del sujeto activo –necesaria para la adecuación de la conducta al delito de peculado- hacia el *extraneus* es persistente.

La jurisprudencia ha tratado de forma ínfima el conflicto de la concurrencia del *intraneus* y el *extraneus* en los delitos especiales, esto únicamente a nivel de segunda instancia, sin que exista una postura nomofiláctica de la Sala de lo Penal. En síntesis, *de lege data* se ha concluido que el *intraneus* es el único que tiene condición de autor en estricto sentido; sin embargo, en el caso del *extraneus* no existe claridad en cuanto a su tratamiento en el delito de peculado como delito especial propio, no obstante, se han hecho escasos esfuerzos para considerarlo solo como posible partícipe.

Lo anterior deriva que en la legislación penal salvadoreña está regulada la punibilidad del *extraneus*, pero su inaplicación posiblemente sea por el desconocimiento y mala práctica judicial de los operadores jurídicos del sistema penal, cuya problematización no se resuelve convirtiendo el Código Penal en un manual.

De tal forma, que el tratamiento penológico que el *extraneus* puede recibir al ejecutar actos propios para la ejecución del delito de peculado se observa mediante dos percepciones posibles: una, como imposible por el principio de legalidad, o dos, limitado ante la falta de precisión normativa y jurisprudencial sobre el tema. Por ejemplo, esto es más claro en países aledaños a El Salvador, como en el caso de Costa Rica, que amplía los posibles autores en el peculado hacia los individuos que no ostenten la calidad especial de funcionario del Estado -art. 354 del Código Penal de Costa Rica-.

Estos conflictos pueden solventarse: i) desde las propuestas de *lege ferenda*, como de la *lege data*, es decir, reorientando la redacción del art. 67 CP, sobre la base de que, si bien no se puede transmitir la calidad especial en atención al bien jurídico

protegido y al conocimiento de la ilicitud del hecho, el *extraneus* puede ser sancionado con una pena reducida, misma que debe estar claramente regulada en la disposición penal que la contenga; y ii) Asimismo, darle cumplimiento a los arts. 21, 22 y 26 de la CNUCC, de los cuales se infiere que quien recibe remuneración en relación laboral con el estado puede ser responsable aunque no tenga la calidad especial.

Bibliografía.

AA.VV. *Tratado de derecho penal español. Parte especial III, delitos contra las administraciones pública y de justicia*. Dirigido por Álvarez García, Francisco Javier. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

Acale Sánchez, María, “El Derecho penal, corrupción pública y la corrupción privada”. En *El derecho penal en tiempo de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*. La Habana: Unijuris, 2016.

Acale Sánchez, María. “La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código Penal español”. *Diritto Penale Contemporaneo*, número 3-4 (2014), https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/foto/4062DPC_Trim_3-4_2014.pdf#page=9&view=Fit.

Aldana Revelo, Miriam Gerardine. *El proceso de extinción de dominio en El Salvador*. San Salvador: Comisión Coordinadora del Sector de Justicia, Unidad Técnica Ejecutiva, 2019.

Álvarez-Uría, Fernando. Prólogo al libro de Edwin H. Sutherland, *El problema del delito de cuello blanco*, traducido por Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999.

Anaya, Enrique. “Nociones básicas sobre el concepto de Constitución”. En *Teoría de la Constitución. Estudios en homenaje a José Albino Tinetti*. San Salvador: Departamento de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2020).

Ángel Yágüez, Ricardo de. “Lealtad en el período precontractual”. En *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI, Tomo IV. Derecho privado*. Bogotá: Temis, 2010.

Ansuátegui Roig, Francisco Javier. “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”. En *Revista Derecho del Estado*, número 24 (2010).

Artaza Varela, Osvaldo. "Corrupción entre particulares: lesividad de la conducta y consecuencias en sede de tipificación de acuerdo al análisis comparado". En *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, número 26 (2019).

Bacigalupo, Enrique. *Manual de derecho penal*. Bogotá: Temis, 1994.

Bacigalupo, Silvina, Bernardo José Feijoo Sánchez y Juan Ignacio Echano Basaldúa. *Estudios de Derecho Penal: Homenaje al profesor Miguel Bajo*. España: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016.

Bacigalupo, Silvina. "Caso del levantamiento del velo de las personas jurídicas". En *Casos que hicieron doctrina en el derecho penal*. Madrid: La Ley, 2011.

Barroso González, Jorge Luis. "Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica". En *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México*, número 35 (2015). <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/113/108>.

Beck, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

Bolaños Vásquez, Hazel Jazmín. "La responsabilidad de las personas jurídicas en El Salvador". En *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*. Pamplona: Aranzadi, 2015.

Burgos, Álvaro. "Cuello blanco y delito", *Revista de Ciencias Jurídicas*, número 138 (2015): 57-87.

Busato, Paulo César. *Derecho penal, parte general*. Brasil: Atlas, 2013.

Carbajo Cascón, Fernando. "Corrupción en el Sector Privado (I): La corrupción privada y el derecho privado patrimonial". En *Iustitia*, número 10 (2012). <http://revistas.ustabuca.edu.co/index.php/IUSTITIA/article/view/885>.

Cárdenas García, Jaime. *Manual de Derecho Constitucional*. Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2020.

Carnevali Rodríguez, Raúl, y Osvaldo Artaza Varela. “La naturaleza pluriofensiva y transnacional del fenómeno de la corrupción. Desafío para el Derecho Penal”. En *Los delitos de corrupción: Perspectiva pública y privada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

Carpio Briz, David. “Concepto y contexto del derecho penal económico”. En *Manual de Derecho penal económico y de empresa: Parte general y parte especial*, tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

Chorne, Juan López. *El Estado parasitario. Argentina, ciclos de vaciamiento, clase política delictiva y colapso de la política exterior*. Buenos Aires: Editorial Lumiere, 2005.

Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución. *Informe único*. San Salvador, 1983.

Comité de los Derechos del Niño. Observación General número 1. Ginebra, 2001.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos*. Referencia OEA/Ser.LV/II. Doc.236/19, 2019.

Costa, Paulo José. *Curso de Derecho penal*, novena edición revisada y actualizada, traducción. Librería Saravia, 2008.

Crawford, James. *Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la responsabilidad del Estado: Introducción, texto y comentarios*, 2002.

Cuadrado Ruíz, María Ángeles. “La posición de garante”. En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, número 6 (2000).

De la Cuesta, José Luis. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español”. En *Revista Penal México*, número 5 (2013). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4969862&orden=0&info=link>.

Díez Ripollés, José Luis y Alejandra Gómez Céspedes. “La corrupción urbanística: Estrategias de análisis”. En *Revista española de investigación criminológica*, número 6 (2008). <https://doi.org/10.46381/reic.v8i0.36>.

Feijoo Sánchez, Bernardo José. “La teoría de la ignorancia deliberada en derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial”. En *Revista In Dret*, número 3 (2015).

Fernández Bautista, Silvia. *El administrador de hecho y de derecho. Aproximación a los delitos con restricciones en sede de autoría*. España: Tirant lo Blanch, 2007.

Ferré Olive, Juan Carlos. “Autoría y delitos especiales”. En *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos - in memoriam*, volumen 1. España: Ediciones de la Universidad de Castilla - La Mancha, 2001.

Frisch, Wolfgang y Ricardo Robles Planas. *Desvalorar e imputar: sobre la imputación objetiva en derecho penal*. Montevideo: BdeF, 2006, reimpresso en 2012.

Fuchsy Kretschmann. *Entre el riesgo económico y los crímenes de lesa humanidad: Sobre la conexión analítica entre corrupción, crimen de Estado y derechos humanos. Estado de la investigación sobre la corrupción, prevención, problemas*. Tiehl, 2011.

Fundación para el Debido Proceso. *La apuesta salvadoreña en el combate a la corrupción: ¿Tiene el país las herramientas necesarias para ganar esta batalla?* Washington DC, 2018.

Galán Muñoz, Alfonso. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

García Cavero, Percy. “La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales”. En *Anuario de Derecho Penal*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, 2011.

Garzón Valdés, Ernesto. “El concepto de corrupción”. En *La corrupción*, compilado por Zapatero, Virgilio. Ciudad de México: Ediciones Coyoacán, 2007.

Global Financial Integrity. *La delincuencia transnacional y el mundo en desarrollo*. Washington, 2017.

Goodwin, Morag, y Kate Rose Sender. “Vinculando la corrupción y los derechos humanos: una adición no bienvenida al discurso del desarrollo”. En *Documento de trabajo de la Facultad de derecho de la Universidad de Maastricht* (2009). Traducido en 2010.

Gómez Martín, Víctor. *Los delitos especiales*. Madrid: Edisofer, 2006.

González Benítez, Lenin Stalin Vladimir. *La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en El Salvador. El caso de España, como parámetro de referencia*. Tesis de maestría en derecho penal económico. Universidad Internacional de la Rioja, 2020.

González Sierra, Pablo. *La imputación penal de las personas jurídicas: Análisis del art. 31 bis CP*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

González, Joaquín. *Corrupción y justicia democrática*. Madrid: Clamores, 2000.

Górriz Royo, Elena. *El concepto de autor en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

Gracia Martín, Luis, “La serie ‘infracción-culpabilidad-sanción’ desencadenada por individuos libres como síntesis jurídica indisoluble derivada de la idea y del concepto a priori del derecho”. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 18-18 (2016).

Gracia Martín, Luis. “La doctrina de la responsabilidad “penal” de las personas jurídicas: clímax y paroxismo del constructivismo jurídico arbitrario, de la hostilidad entre las palabras y las cosas, y del desprecio del saber jurídico que convierte bibliotecas enteras en basura”. En *Revista Foro FICP*, número 2014-2 (2014).

Gracia Martín, Luís. *Terceros y responsabilidad penal*, Madrid: Estudios del Ministerio Fiscal, 1995.

Guillermo, Jorge. *Recuperación de activos de la corrupción*. Avellaneda: Editores del Puerto S.R.L., 2008.

Hassemer, Winfried. "Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada". En *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, 1994: 7-11.

Hava García, Esther. "Gran corrupción: estrategias para evitar su impunidad internacional". En *Revista Nuevo Foro Penal*, número 87 (2016): 60-98.

Heno Cardona, Luis Felipe y Carlos Guillermo Castro Cuenta. *Compliance: Prevención de la corrupción pública y privada*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2020.

Hernández Plasencia, José Ulises. *La autoría mediata en derecho penal*. Granada: Comares, 1996.

Jakobs, Günther. *Estudios de derecho penal*. Traducción de Peñaranda Ramos, Enrique, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1997.

Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal, parte general*. Traducción por Manzanares Samaniego, José Luis. Granada: Comares, 1993.

Jorge Silveira, Renato de Mello. *Delitos sexuales: bases críticas para la reforma del derecho penal sexual*. Barrio Latino, 2008.

Machado, Marta Rodríguez. *Sociedad del riesgo y derecho penal: una evaluación de las nuevas tendencias político-criminales*. IBC. Crim, 2005.

Malem Seña, Jorge. *Globalización, comercio internacional y corrupción*. Barcelona: Gedisa, 2000.

Martínez Osorio, Martín Alexander. "La extinción de dominio es constitucional. (Análisis de algunos puntos relevantes de la sentencia 146-2014/107-2017 emitida por la Sala de lo Constitucional)". En *Revista de Derecho Constitucional*, número 109 (2018).

Mata Barranco, Norberto Javier. “¿Qué interés lesionan las conductas de corrupción?”. En *Eguzkilo*, número 23, 2009.

Mata Barranco, Norberto Javier. *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid: Dykinson, 2018.

Matus Acuña, Jean Pierre y María Cecilia Ramírez Guzmán. *Manual de derecho penal chileno, parte especial. Segunda edición corregida, reformulada y actualizada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

Mello, Celso Antonio. *Curso de Derecho Administrativo*, trigésima primera edición. Sao Paulo: Malheiros, 2014.

Mir Puig, Santiago. *Derecho penal: fundamentos y teoría del delito*. Traducción de García, Claudia Viana y José Carlos Neto, 2007.

Misión Permanente del Principado de Liechtenstein ante las Naciones Unidas; Instituto Global para la Prevención de la Agresión; Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación; Universidad de Princeton. *Manual de Ratificación e Implementación de las enmiendas de Kampala al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional: Crimen de agresión/Crímenes de Guerra*. Princeton: Instituto de Liechtenstein sobre la Libre Determinación, 2012.

Moreno Carrasco, Francisco, y Luis García Rueda. *Código Penal de El Salvador Comentado, tomo I*. San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2004.

Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán. *Derecho Penal, parte general*, octava edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

Netto, Salvador y Alamiro Velludo. *Tipicidad criminal y sociedad del riesgo*. Sao Paulo: Barrio Latino, 2006.

Nieto Martín, Adán. “Delitos de corrupción en los negocios”. En *Derecho penal económico y de la empresa*, Madrid: Dykinson, 2018.

Nieto Martín, Adán. "Introducción al Derecho penal económico y de la empresa". En *Derecho penal económico y de la empresa*. Madrid: Dykinson, 2018.

Nieto Martín, Adán. "La privatización de la lucha contra la corrupción". En *Revista Penal México*, número 4 (2013): 133-144.

Paulo Pinto Albuquerque. *Introducción a la discusión actual sobre el problema de la culpabilidad en el derecho penal*. Almedina, 1994. Traducción del francés.

Peces, Ángel Juanes. "Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Consideraciones generales y problemas sustantivos y procesales que dicha responsabilidad suscita". En *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*. Madrid: Francis Lefebvre, 2015.

Peters, Anne. "Corrupción y Derechos Humanos". En *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*. Editado por Carlos Tablante y Mariela Morales Antoniazzi. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

Pino, Leónidas, Alex Garcés Medrano, Tirson Duarte y Juan Mambuscay. "La corrupción a gran escala no tipificada en el ordenamiento colombiano: análisis desde los escenarios jurídicos y categorías de corrupción". En *Revista Opinión Jurídica*, número 20 (2021).

Pizarro Sotomayor, Andrés, y Fernando Méndez Powell. *Manual de Derecho Internacional de Derechos Humanos, aspectos sustantivos*. Panamá: Universal Books, 2006.

Portillo, Milton Alexander. "Arts. 80 al 89". En *Código Procesal Penal Comentado, vol. 1*. El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2018.

Pradhan, Sanjay. *Las múltiples caras de la corrupción*. Banco Mundial y Mayol Ediciones S.A., primera edición en castellano, 2009.

Quintero Olivares, Gonzalo. *Manual de derecho penal, parte general*, segunda edición. Navarra: Aranzadi, 2000.

Quinteros, Osvaldo. "Corrupción y responsabilidad de las personas jurídicas". En *Revista Pensamiento Penal* (2021). <https://viejarevista.pensamientopenal.org/doctrina/89415-corrupcion-y-responsabilidad-personas-juridicas>.

Robles Planas, Ricardo. *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*. Barcelona: Atelier, 2004.

Rose-Ackerman, Susan. "Corrupción y economía global". En *Revista Isonomía*, número 10 (1999): 51-82.

Roxin, Claus. *Autoría y dominio del derecho penal*. Traducido de la séptima edición alemana por Cuello Contreras, Joaquín y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2000.

Roxin, Claus. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 1997.

Roxin, Claus. *Derecho penal: parte general, tomo I*. Traducción de la segunda edición alemana por Luzón Peña, Diego Manuel, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

Salazar Marín, Mario. *Autor y partícipe en el injusto penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2011.

Schünemann, Bernd. *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*. Traducción de la edición alemana (Gotinga, 1971) por Cuello Contreras, Joaquín y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid, Marcial Pons 2009.

Sales, Sheila Jorge Selim de. *El sujeto activo en la parte especial del Código Penal*. Bello Horizonte del Rey, 1993.

Silva Sánchez, Jesús-María. *Consideraciones sobre la teoría del agravio*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998.

Soler, Sebastián. Derecho Penal, tomo 2. Congreso de la Nación: Buenos Aires, 1962.

Sutherland, Edwin H. *El problema del delito de cuello blanco*. Traducido por Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999.

Terradillos Basoco, Juan María, “Corrupción, globalización y derecho penal económico”. En *Derecho PUCP*, número 74 (2015).

Terradillos Basoco, Juan María. “Corrupción política: Consideraciones político-criminales”, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, número 1 (2017).

Terradillos Basoco, Juan María. “Mercado y administración pública / Criminalidad económica y corrupción política”. En *El derecho penal en tiempos de cambios. Libro Homenaje al profesor Luis Fernando Niño*. La Habana: Unijuris, 2016.

Vásquez Abanto, Manuel A., “Delitos contra el mercado, viejas prácticas, nuevas figuras: Delitos contra la libre y leal competencia”. En *Apuntes de Derecho Penal Económico II*. Paraguay: USAID, 2013.

Villoria Mendieta, Manuel. “Lucha contra La corrupción en La Unión Europea: El Caso De España”. En *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, número 21 (2001): 95-115. <https://doi.org/10.24965/gapp.vi21.266>.

Vives Antón, Tomás Salvador y Manuel Cobo del Rosal. *Derecho penal, parte general*. Quinta edición Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

Welzel, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. Traducido de la undécima edición en alemán por Bustos Ramírez, Juan y Sergio Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal: parte general*, volumen 4. Buenos Aires: Ediar, 1995.

Zippelius, Reinhold. *Teoría general del Estado*, tercera edición. Lisboa: Fundación Calouste Gulbenkian, 1997.

Legislación.

Legislación nacional.

Código de Ética Judicial. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2014.

Código Penal. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1997.

Código Procesal Penal. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2009.

Constitución de la República de El Salvador. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1983.

Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2000.

Ley de Ética Gubernamental. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2011.

Ley de la Carrera Judicial. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1990.

Ley de Probidad. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2015.

Ley Especial de Extinción de Dominio y de la Administración de los Bienes de Origen o Destinación Ilícita. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 2014.

Ley Orgánica Judicial. El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1984.

Legislación extranjera e internacional.

Código Penal colombiano. Colombia: Congreso de la República de Colombia, 2000.

Código Penal costarricense. Costa Rica: Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 1970.

Código Penal de España. España: Congreso de los Diputados, 1995.

Código Penal peruano. Perú: Congreso de la República del Perú, 1991.

Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas. Viena: Conferencia de las Naciones Unidas para la Aprobación de una Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, 1988.

Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción. Nueva York: Asamblea General de las Naciones Unidas, 2003.

Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Palermo: Asamblea General de las Naciones Unidas, 2000.

Convención Interamericana Contra la Corrupción. Caracas: Organización de los Estados Americanos, 1996.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Ginebra: Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas, 1951.

Convención Sobre los Derechos del Niño. Nueva York: Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989.

Declaración Universal de Derechos Humanos. París: Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948.

Declaración y Programa de Acción de Viena. Viena: Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 1993.

Estatuto de la Comisión de Derecho Internacional. Asamblea General de las Naciones Unidas, 1947.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Roma: Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, 1998.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York: Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Nueva York: Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966.

Jurisprudencia.

Jurisprudencia nacional.

Cámara de lo Penal de la Primera Sección de Occidente. *Sentencia de Apelación contra Sentencia, Referencia: 209-2018*. El Salvador: Órgano Judicial, 2018.

Cámara Especializada de lo Penal de San Salvador. *Sentencia de Apelación contra Sentencia Definitiva, Referencia: 213-APE-14*. El Salvador: Órgano Judicial, 2015.

Cámara Especializada de lo Penal de San Salvador. *Sentencia de Apelación contra Sentencia Definitiva, Referencia: 230-234-APE-2016*. El Salvador: Órgano Judicial, 2016.

Cámara Tercera de lo Penal de la Cuarta Sección del Centro. *Sentencia de Apelación, Referencia: 47-P-17*. El Salvador: Órgano Judicial, 2017.

Cámara Tercera de lo Penal de la Primera Sección del Centro. *Sentencia de Apelación contra Sentencia Definitiva, Referencia: INC-243-17*. El Salvador: Órgano Judicial, 2018.

Sala de lo Civil. *Sentencia de Apelación, Referencia: 12-APC-2017*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2018.

Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 206-2008*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011.

Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 21-2020/23-2020/24-2020/25-2020*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2020.

Sala de lo Constitucional. *Auto Interlocutorio de Admisibilidad, Referencia:6-2016*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2016.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Amparo, Referencia: 23-2012*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2014.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Amparo, Referencia: 400-2011*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Exhibición Personal, Referencia 7-P-95*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia:17-95*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1995.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 2-92*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1999.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 8-2004*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2005.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 64-2005*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2006.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 26-2008*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2009.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 15-2011/38-2011*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 6-2009*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 53-2005/55-2005*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2013.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 22-2007Ac*
El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 1-2017/25-2017*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 22-2011*.
El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2017.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 28-2006Ac*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2007.

Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia:146-2014/107-2017*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2018.

Sala de lo Penal. *Sentencia de Casación, Referencia: 103C2018*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019.

Sala de lo Penal. *Sentencia de Casación, Referencia: 10C2013*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2013.

Sala de lo Penal. *Sentencia de Casación, Referencia: 167C2016*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017.

Sala de lo Penal. *Sentencia de Casación, Referencia: 1C2017*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017.

Sala de lo Penal. *Sentencia de Casación, Referencia: 22C2014*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015.

Sala de lo Penal. *Sentencia de Casación, Referencia: 22CAS2015*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2016.

Sala de lo Penal. *Sentencia de Casación, Referencia: 288-CAS-2004*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2006.

Sala de lo Penal. *Sentencia de Casación, Referencia: 288-CAS-2011*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2012.

Sala de lo Penal. *Sentencia de Casación, Referencia: 329C2016*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2017.

Sala de lo Penal. *Sentencia de Casación, Referencia: 341C2017*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019.

Sala de lo Penal. *Sentencia de Casación, Referencia: 390C2019*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019.

Sala de lo Penal. *Sentencia de Casación, Referencia: 3-CAS-2004*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2004.

Sala de lo Penal. *Sentencia de Casación, Referencia: 44-CAS-1998*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 1999.

Sala de lo Penal. *Sentencia de Casación, Referencia: 517-CAS-2007*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2009.

Sala de lo Penal. *Sentencia de Casación, Referencia: 62C2020*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2020.

Sala de lo Penal. *Sentencia de Casación, Referencia: 8-CAS-2015*. El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2015.

Sala de lo Penal. *Sentencia de Casación, Referencia: C125-02*. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2002.

Jurisprudencia extranjera e internacional.

Comisión de Reclamaciones Franco-mexicana. *Sucesión de Jean-Baptiste Caire contra México*, 5 RIAA 516, 7.6 (1929).

Corte Suprema de la India. *Apelación Penal, Referencia:16478. Estado de Maharashtra a través de la Oficina Central de Investigación, rama anticorrupción de Mumbai versus Balakrishna Dattatrya Kumbhar*. República de la India, 2012.

Sala Penal Permanente. *Sentencia Casatoria, Referencia: 782-2015*. Perú, Corte Suprema de Justicia de la República, 2016.

Sala Segunda del Tribunal Supremo de España. *Sentencia de Casación, Referencia: ECLI ES:TS:2011:676*. España: Tribunal Supremo, 2011.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. *Recurso de Casación, Referencia: 2007-00172*. Costa Rica: Corte Suprema de Justicia, 2007.

Tribunal de Reclamaciones de EE. UU.-Irán. *Yeager v. República Islámica de Irán*, 1987.

Sitios web.

AFP. "Interpol tiene orden de captura contra Sánchez Cerén". El Diario de Hoy (28 julio 2021). <https://www.elsalvador.com/noticias/nacional/salvador-sanchez-ceren-administracion-de-gobierno-2014-2019/863664/2021/#>.

Centro de Investigación Anti-corrupción U4, "Resource Centre", acceso el 9 de junio de 2021. <https://www.u4.no/search?filters=publications-only&search=&searchPageNum=2&sort=year-asc>

Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos. *Informe final sobre el tema del impacto negativo de la corrupción sobre el disfrute de los derechos humanos*, referencia A/HRC/28/73, 2015. https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session28/Documents/A_HRC_28_73_SPA.doc

Espinoza, Claudia. "El Salvador: concentración de poder en el ejecutivo contribuye a corrupción". Revista El Economista (29 de enero de 2021).

<https://www.eleconomista.net/actualidad/Concentracion-de-poder-en-el-ejecutivo-contribuye-a-corrupcion-20210129-0001.html>.

FGR-Prensa. "Histórica condena contra expresidente Antonio Saca y seis ex funcionarios de su gobierno, logra FGR". *Fiscalía General de la República* (13 de septiembre de 2018). <https://www.fiscalia.gob.sv/historica-condena-contra-expresidente-antonio-saca-y-seis-ex-funcionarios-de-su-gobierno-logra-fgr/>.

Jurado, V. "Estas son las 6 órdenes de captura que tiene el prófugo Mauricio Funes". *El Diario de Hoy* (17 de septiembre de 2020). <https://www.elsalvador.com/noticias/nacional/mauricio-funes-profugo-ordenes-captura/754403/2020/>.

Martínez Avelar, Loida. "El Salvador destacó en 2020 por la corrupción durante la pandemia". *Revista Factum* (28 de enero de 2021). <https://www.revistafactum.com/transparencia-elsalvador-corrupcion/>.

Rivera, Rodrigo. "¿Es la corrupción un crimen de lesa humanidad?". En Instituto de Democracia y Derechos Humanos (13 de abril de 2021). <https://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis1/es-la-corrupcion-un-crimen-de-lesa-humanidad/>.

Transparencia Internacional. *Corruption Perceptions Index* (2022). www.transparency.org/cpi

Transparencia Internacional. *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*, Berlín, 2009. <https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2014/10/Gu%C3%ADa-de-lenguaje-claro-sobre-lucha-contra-la-corrupci%C3%B3n.pdf>.

Urbina, Javier. "Vinculado a caso Saca es condenado a 33 años de prisión". *La Prensa Gráfica* (17 de junio de 2021). <https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/Vinculado-a--caso-Saca-es-condenado-a-33-anos-de-prision-20210616-0099.html>.